S.

Il Movimento Giuridico

REDATTORI

Collaboratori e socii corrispondenti

IL MOVIMENTO GIURIDICO

Rassegna Critica di Dottrina e Giurisprudenza

DIRETTORI

Prof. **Domenico Giura** — *Avv.* **Francesco Parisi**

Anno VII. — 1897

NAPOLI

Tipografia del ***Movimento Giuridico*** di G. Cozzolino & C.i

Strada Pignatelli, a S. Giovanni Maggiore, 18

1897

INDICE

PARTE PRIMA

DOTTRINA

PARTE SECONDA

GIURISPRUDENZA

A

B

C

D

E

F

G

I

L

M

P

T

V

PARTE TERZA

BIBLIOGRAFIE

PARTE PRIMA — DOTTRINA

Citazione ed ordinanza per gl' incanti

I. La nostra Corte di Appello ne ha imbroccata un'altra.

« Non è richiesto, secondo un suo recente pronunziato, ai termini dell' art. 666 num. 3 proc. civ., per fissarsi l'udienza degli incanti, citare il debitore, nè notificarglisi l' ordinanza del presidente » (1).

Via all' ortiche, una buona volta, le pastoie di forme e di formalità senza significato. Debitori di mala fede son rimasti e rimarranno corbelli; la giurisprudenza serba intatto il precetto di un'interpetrazione intelligente, che intende la legge, vivificandone lo spirito. Soventi un pedestre e servile giudicare fa olocausto fino del senso comune ad un formalismo, di cui non si sa vedere la ragione. La parola della legge deve avere un significato, che esprima un principio, od una necessità di rito. Non devesi già attribuirle il senso che dà la nuda combinazione delle lettere.

Certi atti e disposizioni nel codice del diritto ed in quello della procedura sono come i peduncoli del padiglione dell' orecchio. Il Darwin li chiama rudimenti di quanto l' orecchio era lungo ed animalesco, ciò sia per la conformazione sia per l'uso. Sono organi atrofizzati per essersi distrutta la funzione.

II. Il principio fondamentale del giudizio di espropriazione è la celerità del procedimento. Tutti gli atti non assolutamente necessari sono aboliti,

Per l'art. 569 proc. civ. l'esecuzione cominciata, nel caso di morte del debitore, è proseguita senza che debba riassumersi. È s'intende cominciata per gl' immobili con la notificazione del precetto, che corrisponde, pel giudizio di espropriazione, all' atto di citazione in quell' ordinario. Nel caso che non sia cominciata, l'art. 560 non concede che un termine di cinque giorni agli eredi, senz'altro. Il procedimento è sempre il sommario, e tale anche in tutte le controversie sull' esecuzione (art. 573). Non è richiesta la seconda citazione, e le sentenze contumaciali non sono soggette ad opposizione (art. 574). Pel 575 si può essere surrogato al creditore istante anche all' udienza, senza formalità.

L' ordinario presidio dei debitori, specie di quegli asili antichi

(1) 15 luglio 1896 est. Bianco — Castelli c. Carosella.

nei quali si trovava rifugio per sottrarsi ad una pronta giustizia, cessa. Tutti quei mezzi, quella *via crucis* di atti, che molto spesso conducono più al Calvario il diritto di un creditore, che al luogo di salute di una sollecita soddisfazione trovano le consuete vie chiuse. Con la citazione per la vendita la legge longanime ha voluto dare l'ultima guarentigia al debitore; ma con la sentenza che l'autorizza è chiuso ogni contradittorio con lo stesso. Il codice vuole bensì che egli abbia una scienza dei fatti più importanti, perchè possa vigilare i suoi interessi, ma non altro. Poichè egli paga le spese di tutti gli avvertimenti che riceve, non dev'essere discaro al creditore ripetergli i *nuovissimi*. Il suo concorso, non potendo influire in nulla, è del tutto inutile.

III. La procedura non è un complesso di norme astratte, che abbiano un valore assoluto ed intrinseco.

Ognuna è dettata dall'utilità. La sua ragione di essere è nello scopo pratico che è destinata a raggiungere ed in una necessità che l'ha indicata. La disposizione legislativa perciò, che la prescrive, e l'atto o formalità non hanno un valore per sè. Ne hanno soltanto uno relativo. È vero, che il procedimento è la rappresentazione che deve fare il diritto per poter giungere allo scioglimento, o per meglio dire ad una *catastrofe*, il più spesso. Ma in codesta rappresentazione la forma non ha uno sviluppo per sè stessa. Il culto della forma esiste nell'arte perchè n'è l'obbietto principale.

La necessità di un atto di procedura è il danno che potrebbe derivare alla parte dalla mancanza di esso. Ad ognuno va legato l'esperimento di ragioni che si potrebbero far valere, e che altrimenti non verrebbero a cognizione del magistrato. Ma quando nessun danno può derivare dall'omissione, e non è congiunto all'atto l'esperimento di alcun diritto o ragione, non è a parlarsi di obbligo di un tale atto, e di nullità per l'omissione. Sarebbe come quelle appendici del corpo umano, che ne completano la figura, ma tagliandole non si produce la morte dello stesso. All'uopo anzi se ne fa l'amputazione pure.

L'art. 56 delle disposizioni generali del cod. di pr. dice che non può pronunziarsi la nullità di alcun atto di citazione o di altro atto di procedura, se la nullità non sia dichiarata dalla legge. Tuttavia possono annullarsi gli atti che manchino degli elementi che ne costituiscono l'essenza. Quel che è detto per la nullità dell'atto, a tutto rigore deve ritenersi per quella di un intero procedimento, e di una buona parte dello stesso. L'*elemento* è all'atto, ciò che questo è al procedimento: l'uno e l'altro devono costituire l'essenza quello dell'atto, questo del procedimento.

Insomma l'atto, formalità od altro deve compiere una funzione nell'organismo del procedimento, per dirsi un requisito essenziale dello stesso.

IV. Ora più particolarmente della quistione decisa dalla Corte. Non può parlarsi, sia per le suddette considerazioni sia per principio di legge, di obbligo e necessità di un atto, se una disposizione del codice non lo prescrive tassativamente.

Prescrizione legislativa che richiegga la citazione del debitore innanzi al presidente per potersi fissare l'udienza degli incanti non v'è nel cod. di proc. L'art. 666 pr. civ. dice che la sentenza che autorizza la vendita rimette le parti davanti il presidente per stabilire l'udienza; ma nè quivi nè altrove si accenna in alcun modo alla citazione al debitore. Anzi l'analogia mostra chiaro, che l'ordinanza del presidente sia identica a quella del giudice che tassa le spese, per la quale non è richiesta la citazione dell'altra parte. L'una e l'altra sono un completamento della sentenza, e vi ha tanto nel giudice che tassa le spese, quanto nel presidente che fissa l'udienza, la giurisdizione del Tribunale prorogata per legge. Il codice poteva disporre che il tribunale con la sentenza, che autorizza la vendita, fissasse l'udienza degli incanti : per ragioni di utilità pratica, che ognuno comprende, non lo ha fatto.

Ambo le ordinanze sono la continuazione della sentenza , sono parte di questa: il compimento, e non v'ha, giuridicamente in astratto, soluzione di continuo tra la sentenza e l'ordinanza. È come se il Tribunale provvedesse con la sentenza stessa.

Perciò non essendo un nuovo procedimento quello che segue innanzi al Presidente, bensì la continuazione di quello già esistente davanti il collegio, e l'ordinanza il seguito della sentenza, non è mestieri di alcuna citazione al debitore. Di questa per giunta non saprebbesi vedere nè la ragione nè l'utilità.

Il debitore non potrebbe sperimentare alcun diritto, non avrebbe alcun che da far valere: per *giurisprudenza* costante e fatto concorde è sempre contumace.

Dippiù le parti sono già rimesse dalla sentenza del Tribunale davanti al presidente ; pretendere la citazione al debitore sarebbe come notificarla a chi si è già presentato in giudizio. Se le parti sono rimesse da un provvedimento del magistrato dinanzi ad un'autorità giudiziaria, che deve nella sua prudenza ed a suo esclusivo arbitrio prendere un provvedimento è puerile, o meglio, in buon lombardo, *baggianata* parlare di citazione al debitore. Se nel codice mancasse la disposizione dell'art. 666 proc. civ. n. 3 e vi fosse un articolo isolato pel quale il creditore istante dovesse in via d'incidente rivolgersi al presidente per far fissare l'udienza degli incanti, si potrebbe in tal caso far la quistione. Ma anche in tal caso l'inutilità della citazione non farebbe dichiarar nullo il procedimento , se la si omettesse.

Anche l'art. 664 pr. civ. porge argomento in sostegno della tesi accolta dalla Corte. Quivi il contradittorio col debitore non solo non si è *esaurito*, secondo la frase tradizionale, ma non è ancora cominciato. La nomina del perito *inoltre* è qualcosa di assai più importante pel debitore, il quale ha l'interesse che sia nominato colui, che valuti i fondi esattamente, o sia escluso qualcuno col quale i rapporti personali od altro siano tali, che possano togliere al perito la serenità di estimazione. Ebbene per l'art. 664 la nomina del perito è fatta dal presidente sull'istanza del creditore , e trascorsi dieci

giorni dall'inserzione, il presidente lo nomina senza necessità di sentire il debitore.

Come bene osservava la Cassazione di Roma il legislatore non detta un procedimento unico e specificato per tutte le ordinanze, onde possa dirsi che tali siano i requisiti e le forme da seguire. Esso, secondo i casi e le particolari condizioni detta le regole per le singole ordinanze, e taluna volta è richiesta la citazione all'altra parte e tal'altra no. Così nei casi degli art. 302, 321, e 325 pr. civ.

V. Le ragioni su esposte militano in gran parte anche a favore dell'altro concetto, che non si debba notificare l'ordinanza che fissa gl'incanti. Ma ve n'è una speciale e persuasiva. La notificazione dovrebbe dar la notizia del giorno degl'incanti al debitore. Ora a codesto non provvede sufficientemente la notificazione del bando? Tanto più che deve seguire per lo meno trenta giorni prima degli incanti.

Non è da supporsi che il codice voglia una doppia notificazione, perchè ciò si avrebbe, se oltre la notificazione del bando, si richiedesse anche quella dell'ordinanza. Il legislatore vuole che il debitore sia avvertito dell'udienza degli incanti, ma non si può dire che esso giunga sino a pretendere che il debitore dovesse averne una doppia notizia. Sarebbe il più assoluto feticismo codesto per gli atti di procedura, che non sono la cosa più estetica e piacevole del mondo.

Se l'ordinanza dovesse notificarsi, poichè la legge non assegna un termine, potrebbe farsi anche qualche giorno prima degl'incanti, e lo scopo della notificazione verrebbe interamente frustrato.

L'art. 667 pr. civ. n. 7 ordina che il bando deve indicare l'udienza assegnata per l'incanto e la *data dell'ordinanza*, che la stabilì. È evidente da ciò che l'ordinanza non si debba notificare; se la si dovesse, il n. 7 dell'art. 667 non sarebbesi scritto dal legislatore. Questi non avrebbe potuto mai prescrivere di dar notizia dell'ordinanza, se questa si dovesse notificare. La notizia verrebbe dopo la notificazione.

La procedura è l'*etichetta* per l'esperimento del diritto. Ma, come quella delle Corti, rituale in costume dell'articolazione e dei movimenti, spesso trae sulle labbra il grido dell'infelice Maria Antonietta, prigione al Tempio: « Ah! almeno la rivoluzione ci ha liberati dall'etichetta ». Difatti molte volte l'una e l'altra rendono gli uomini dell'ordine dei tardigradi.

VI. Al principio ritenuto dalla Corte non manca il plauso della giurisprudenza, magro conforto soventi. Veggasi le sentenze della Cassaz. di Torino 15 febbraio 1869 *(Giurisp. Torino* VI, 401) e della Corte di App. di Genova, 24 gennaio 1879 *(Eco giurid.* III. 1, 128); id. 14 ottobre 1886 *(Eco giur. civ.* 381) la quale osservava, che dalla notificazione del bando, che gli vien fatta, il debitore facilmente rileva se tutte le formalità di legge furono adempiute. Se nelle sue guarentigie od interessi, egli può sempre fare quelle istanze ed opposizioni che creda a salvaguardia di essi. Inoltre Cass. di Napoli 4 agosto 1888 *(Gazz. Proc.* XXII, 464): Non è necessaria la citazione al debitore in materia già definita dalla sentenza, che non si presta

ad ulteriore contenzione. Ed indarno si obbietta che, secondo l'articolo 50, l'ordinanza sia emessa su citazione della parte. Difatti lo stesso articolo 50 fa menzione di ordinanze che siano emesse d'uffizio, e l'art. 223 dà l'esempio di ordinanza della parte senza citazione dell'altra (1).

Camillo Casilli

L'impugnativa del mendace riconoscimento dei figli naturali da parte dell'autore

La legge per quanto si mostra favorevole alla filiazione legittima, altrettanto è diffidente e sospettosa verso la filiazione naturale, la quale, al dire del Pisanelli, svela una violazione all'ordine ed una offesa alla moralità. Così là dove la filiazione legittima, nata sotto gli auspici del matrimonio, ha in proprio favore la presunzione *pater is est quem justae nuptiae demostrant*, assorgente dai doveri coniugali, ed esiste e può esser provata anche contro il volere dei genitori, che ricusino di riconoscerla; la filiazione naturale dipende soltanto da una semplice manifestazione di volontà cioè, l'atto di riconoscimento dei genitori, e la prova n'è concessa dalla legge, per mera eccezione. Ora, il riconoscimento di un figlio naturale è un atto del tutto personale a colui donde emana, ed il suo effetto dura sino a che non venga impugnato. Ma in che consiste codesta impugnativa? Non si confonda l'impugnativa con la nullità o inefficacia giuridica dell'atto di riconoscimento. Se questo non è stato fatto, nelle forme volute dalla legge, si ha come inesistente; ed allora non è necessario d'agire in giudizio per farlo annullare. Non s'annulla il niente.

In qualunque tempo, ogni individuo interessato può opporne la nullità sia per azione, sia per eccezione. Come del pari è a dire nel caso che, dalla dichiarazione, risulta non esser il figlio tra quelli di cui la legge permette il riconoscimento.

Or il dritto d'impugnare il riconoscimento non può equivalere se non al dritto di dimostrare la falsità della dichiarazione emessa dal genitore. Tale dritto la legge concede al figlio non solo, ma a chiunque v'abbia interesse, appunto perchè non solo il figlio, ma altri ancora possono venir lesi dall'atto di riconoscimento, nei loro interessi morali, ed in quelli pecuniari.

Il riconoscimento può esser impugnato dal figlio e da chiunque

---

(1) Solo gli agenti fiscali si lamenteranno di questa giurisprudenza, perchè l'Italia ha il raro infortunio che l'economia di carta da bollo produce una contravvenzione!

v' abbia interesse, scrive l' art. 188 del nostro codice; ed il legislatore italiano nel dettarlo, attenendosi all'art. 339 del Codice francese, fedelmente riprodotto dall'art. 184 del Codice degli Stati Sardi e dall' art. 262 delle Leggi Civili Napolitane s'ispirava al suespresso concetto. Se non che ben può avvenire che un individuo per odio verso i suoi parenti o per altri motivi cerchi a caso un fanciullo in un ospizio e lo riconosca per figlio: or questo articolo è rimedio efficace contro i pericoli dei riconoscimenti dolosi ed impedisce di poter violare gli altrui dritti con la supposizione d' una falsa paternità o maternità. Nessuno però, dice il Bigot-Préameneu, Locrè Motivi del Codice Francese, colla propria dichiarazione e testimonianza esser utile ad un individuo recando ingiustizia ad un altro; la legge dovrà prendere la precauzione ch'ogni riconoscimento da parte del padre o della madre potesse esser contestato da quanti v'abbiano interesse.

Or che vuol dire impugnare il riconoscimento? Vero che il riconoscimento è l' opera personale del suo autore, è la sua propria confessione e niuno può formarsi un titolo da sè contro gli altri; vero che la prova da parte dei terzi ed in modo speciale da parte del figlio della menzogna nella dichiarazione di paternità o maternità può riuscire difficile se non impossibile; vero, tuttavia, che niun testo di legge ha creato alcuna presunzione a favore della paternità o maternità naturale (art. 1350 c. c.): ma il riconoscimento può aver luogo anche nell' atto di nascita o con un atto autentico anteriore alla nascita (art. 181 c. c.), non è un contratto, che debba e possa essere accettato; ed, indubbiamente la legge così autorizzandolo, ha voluto recare in suo favore una presunzione di verità: presunzione, per fermo, non assoluta, ma relativa, val quanto dire, contrastabile, Sicchè impugnare è attaccare il riconoscimento in giudizio, somministrando ai magistrati tutti i mezzi, gli elementi e gl'indizî proprî a stabilire di non esser vera la filiazione contrastata. La giustizia, in altri termini, dev' esser chiamata a valutare il merito di quella contestazione, perchè, per lo più, il riconoscimento, essendo fatto nello interesse del figlio, importa rivestirlo di una presunzione di sincerità. La prova, infine, può aversi, è pregio ripeterlo, anche induttivamente, allegando, cioè, fatti, ch' escludono poter il figlio appartenersi a chi l'ha dichiarato come suo. Così, rispetto alla donna che si è dichiarata madre può dimostrarsi di non aver mai partorito o almeno di non aver partorito all'epoca della nascita del fanciullo, ch' ella ha dichiarato proprio figlio. Rispetto all' uomo che si è dichiarato padre: di esservi impossibilità fisica di ravvicinamento tra lui e la madre all' epoca presunta del concepimento. Nè ad ammettersi la prova per testimoni nell' impugnativa del riconoscimento di figlio naturale si richiede un principio di prova per iscritto o il concorso di gravi presunzioni ed indizî; cotali requisiti fan d'uopo a determinare l'ammissione della prova suddetta nell'impugnativa di un vero e proprio stato di figlio legittimo protetto dalla nascita durante legittimo matrimonio (art. 174 cod. civ.); e non sono suscettivi di esser estesi all'impugnativa della filiazione naturale.

Or può il riconoscimento essere impugnato dall'autore medesimo?

Se il riconoscimento è l'effetto del dolo, dell'errore, della violenza, non v'ha dubbio, la nullità ne può esser proposta dall'autore. Il suo consenso è viziato e non valido, e l'atto può impugnarsi da chi promana. Ma, suppongasi il vizio del consenso dipendere da una perniciosa influenza, nota alla volontà, in altri termini, una dichiarazione mendace da parte del dichiarante. Per salvare una giovinetta caduta in fallo e divenuta madre, un'altra donna, chissà a qual prezzo, accetta la maternità. Un uomo diverso dal vero padre riconosce questo figlio come suo, per legittimarlo sposando la madre, chissà anche a qual prezzo, ma poi le nozze non hanno luogo. In tali ipotesi, il figlio, di cui la nascita è travisata, è certo, può reclamare il suo stato malgrado il riconoscimento, ma s'è fatto quistione se il dichiarante possa impugnare la propria ricognizione, se la sua qualità gli sia o non d'ostacolo.

Nella dottrina francese specialmente codesta quistione ha avuto contrasti. «Ogni riconoscimento per parte del padre o della madre potrà esser impugnato da tutti coloro che vi avranno interesse» diceva il codice Napoleone all'art. 339. E gli avversari dell'impugnativa del riconoscimento mendace da parte dell'autore con a capo il Demolombe (tom. III. pag. 163) poggiavano appunto le loro ragioni negative sulla locuzione del citato articolo. E dicevano essi: l'art. 338 mette a fronte da una parte il padre o la madre, ch'ha fatto il riconoscimento e dall'altra tutt'i terzi interessati ad impugnarlo; quindi ha per iscopo di accordar ai terzi il dritto di stabilire la non sincerità del riconoscimento, e non a colui che l'ha fatto, anzi a questo implicitamente lo nega; e se in taluni casi l'autore del riconoscimento può impugnarlo, ciò avviene in base ai principî generali del dritto e non in base all'articolo predetto. Se non che, anche volendo risolvere la quistione secondo il codice francese, diciamo che la espressione dell'art. 338 è generale ed assoluta ed include fra gli interessati ad impugnare il mendace riconoscimento anche colui che ne fu l'autore. Vero che la confessione fa piena fede contro chi l'ha fatta (art. 1356 c. c.) e non si può rinvenire contro la propria confessione; ma questo principio riceve eccezione nelle materie d'ordine pubblico. In queste speciali materie i consensi comunque prestati non obbligano, non potendo le leggi che interessano l'ordine publico ed il buon costume esser derogate da particolari convenzioni (art. 6 disp. prel. cod. f.). Lo Zachariae (3ª Ediz. vol. 2° p. 450) insegnava: il riconoscimento devesi considerare come infetto di nullità: 1° Quando esso non abbia avuto luogo che per effetto di violenza o dolo: 2° Quando esso non sia l'espressione della verità. E dopo d'aver detto che la nullità nella prima ipotesi non può esser proposta se non dall'autore del riconoscimento o in suo nome, dai suoi eredi e successori universali, e che nell'altra ipotesi, questa nullità può esser proposta da tutti i quali v'hanno interesse, soggiunse: essa può esserla sopratutto dai figliuoli, da ogni persona che l'abbia legalmente riconosciuto, dall' *autore del riconoscimento* e dai suoi eredi e succes-

sori universali sia in nome del loro autore sia in nome proprio. E gli annotatori dello Zachariae Aubry e Rau seguono la dottrina medesima. Essi, data affermativa risposta alla dimanda se il riconoscimento possa esser impugnato da colui che l'abbia fatto sotto pretesto che sia contrario alla verità, argomentano: il riconoscimento non forma, anche contro lo stesso suo autore, altro che una presunzione di paternità, che questi dev'esser ammesso a combattere, come ogni altro interessato: *lex non distinguit*. Sarebbe, ancora essi soggiungono, (Ediz. 4ª, vol. 6, § 568, pag. 179) opporsi allo spirito del disposto dell'art. 339, informato all'idea che il riconoscimento non può aver effetto se non è conforme alla verità, rifiutando il dritto di impugnarlo come menzognero a chi precisamente è in caso migliore di conoscere la verità e rivelarla. E citano le seguenti sentenze. Paris 14 dic. 1833 Sir. 34, 2, 6; Aix 22 dic. 1852 Sir. 54, 2, 321; Paris 22 jullet 1853, Sir. 54, 2, 329; Lyon 13 may 1856, Sir. 56, 2, 586. Il Dalloz (della Paternità e Filiazione N. 581) rispondendo al precipuo argomento degli avversari all'impugnativa del riconoscimento menzognero da parte di chi lo ha fatto, tratto dalla dizione dell'art. 334 che pare metter in contrasto da un lato il padre o la madre che affermano nel riconoscimento il figlio esser nato da essi, e dall'altro il figlio o altro interessato, che sostenga il contrario, dice: una contestazione somigliante da parte dell'autore del riconoscimento è cosa eccezionale e straordinaria. Ciò non pertanto i termini dell'art. 339 non sono tali da escludere il padre e la madre; anzi con la generalità delle sue espressioni il detto articolo deve abbracciare così l'autore del riconoscimento, come gli altri interessati e non devesi distinguere là dove la legge non distingue. Il Teulet (nel commento al Codice francese art. 339) afferma esser irrevocabile il riconoscimento purchè la dichiarazione sia la manifestazione d'una volontà libera e l'espressione d'un fatto vero. E conclude colle parole di una sentenza del Tribunale di Parigi del 14 dicembre 1833 (riportata anche dal Iournal de Paris voce Enfant naturel—Soymier c. Boucher) come qualsiasi contratto, il riconoscimento può esser impugnato da chi l'ha consentito, per errore, violenza o frode ad esempio nel caso che il riconoscente non sia il padre del fanciullo o che la dichiarazione sia stata determinata da manovre artificiose della madre. Ed il Cochés (Enfants naturels § 37) anche insegna: Il riconoscimento d'un figlio naturale non può ad arbitrio ritrattarsi da chi l'ha consentito. Ma questo può impugnarlo e farlo annullare se dimostra che il figlio non gli appartiene e ch'egli ha ceduto alla violenza o alla passione o alla seduzione. Ed a tale scopo cita varie sentenze (Toulon 24 juillet 1810, C. R. Paris 6 janvier 1808, C. R. Toulon 27 aôut 1817) che il suo dire confermano.

Fra gli scrittori francesi il Duranton (l. 1 § 202-263) il Toullier (§ 9021) il Delvincourt (osserv. tit. VII. N.° 18) il Marcadè (vol. I. art. 339) non trattano la quistione di cui parliamo, limitandosi a vedere se il riconoscimento fatto dal padre possa impugnarsi dalla madre e viceversa.

Non così l'illustre giurista, il Laurent (Principii di Dritto civile francese vol. 4° § 78 e seguenti) il quale dopo d'aver ripetute le parole del Portalis, che il riconoscimento non è una prova nè contro i terzi nè contro colui donde emana, afferma che la menzogna non può creare stato alcuno.

Il figlio acquista il suo stato colla nascita e non può acquistarlo che colla procreazione: se per debolezza, per calcolo quegli che non era il padre, ha riconosciuto un figlio che non gli appartiene non vi ha paternità e senza la paternità non v' ha uno stato. E conclude: ciò non vuol dire che l' autore del riconoscimento abbia facoltà di revocare arbitrariamente la sua confessione e che lo stato dipenda dal suo capriccio. Contestare non è revocare: bisogna che l' autore del riconoscimento provi che il figlio non gli appartiene. Adunque, nel dritto francese, la quistione se gli autori del riconoscimento mendace potessero impugnarlo tanto controversa per la redazione dell'art. 339, fu dai più autorevoli scrittori risoluta affermativamente.

«L'articolo 339 cod. francese è riprodotto, come è stato di già detto, nel nostro codice all'art. 188, modificato così: il riconoscimento può esser impugnato dal figlio e da chiunque v' abbia interesse. Vi manca l'inciso «da parte del padre o della madre» che nel corrispondente articolo del codice francese, napolitano e sardo leggevasi, ma v' è aggiunta la parola «dal figlio», per amor di chiarezza; se non che appunto di questa semplice nota esplicativa, in Italia, dagli oppositori della nostra teoria s'è voluto trar profitto. E si è detto: che l'interessato ad impugnare il riconoscimento debba essere estraneo all'atto, come estraneo n'è il figlio, ma invano s'è detto, volendo seguire i nostri avversari anche nello studio letterale del citato articolo, si ha invece che il legislatore, avendo disgiunto da qualunque interessato, il figlio, ha voluto piuttosto dare ad intendere una contropposizione del figlio verso di quello, anzi che una parità di trattamento e condizione. E se la dottrina francese non avea mossa controversia sul dritto del figlio all'impugnativa del riconoscimento, tuttavia, la dizione dell' articolo francese relativo era poco chiara, e dai più biasimata donde lo studio del nostro legislatore di dettarne la corrispondente in forma limpida ed indubia. Per cui anche dato che il testo dell'articolo 188 non meni alla facoltà d'impugnare gli atti di riconoscimento da parte degli autori, o non sia scritto per questo caso, non però potrà dirsi, ch'esso neghi tale facoltà. Dare al figlio ed agli altri interessati il dritto di impugnare il riconoscimento, non è negare a chi fu vittima di violenza od errore o a chi fece una falsa dichiarazione, il dritto medesimo.

La legge non può altrimenti intendersi che attribuendole quel senso fatto palese dal significato proprio delle parole usate dal legislatore, nel loro insieme considerate. Or è appunto la latitudine e comprensività di espressione adoperata dal legislatore, per l'art. 188, a riguardo degli aventi dritto ad impugnare il riconoscimento di figlio naturale che rende arbitraria la limitazione speciale che vuolsi introdurre, poi, a riguardo degli autori di esso. Negare, quindi, a

chi fece una falsa dichiarazione di paternità o maternità, l'azione a contestarla, è a ritenersi un' offesa al proprio dritto. Ed ancora, la legge, a ben applicarsi, uopo è, tuttavia, farne palese lo spirito, risalendo all'intenzione del legislatore nel dettarla: qual' è, adunque, la ragione della legge, che ha ispirato l'art. 188 cod. civ.?

Il riconoscimento di figlio naturale è atto solenne, come quello che rappresenta ed è il compimento di un sacro dovere. La legge, perciò, lo circonda della presunzione di verità e lo vuole irrevocabile, quando è volontario, non essendo lecito di pentirsi dopo di averlo compiuto. Se non che d'esso può nascondere il falso ed allora la presunzione della legge verso codesto documento sì importante non ha più ragion d' essere. E la legge istessa dà dritto al figlio d'impugnarlo, laddove non era necessario il suo consenso a renderlo efficace, ed a chiunque v'abbia interesse. Perchè la legge vuole stabilire la verità nello stato di filiazione.

In quel desiderato il legislatore trae dal dritto romano e dal dritto canonico. Nelle fonti e nei frammenti romani si accenna e non lievemento alla integrità dello *status familiae*, onde gli interpreti, nelle quistioni attinenti allo stato delle persone sono conformi a richiedere la scoverta del vero. Modestino nella l. 12 (Dig. 37, 4 *de jure patris* risolve che il fatto di chi avea nel testamento annoverato tra i figli chi tale non gli era *statum mutare non posse*. Ed il giureconsulto Marcello (l. 3, § 3° Dig. XII, 2 de jurejur) contro una dichiarazione giurata della madre ammette: *veritatem esse quaerendam;* ammette in altri termini la ricerca se la maternità sia o non esistente. Il dritto canonico segue il principio medesimo· È notevole la Decret. XII *Per tuas* IV *qui filii sunt legitt.* 17 (Corpus Iuris Canonici ed: Venetiis 1572, III pag. 904) del Papa Innocenzo III nella quale il Pontefice, in ordine ad una quistione di stato conferma il principio che le dichiarazioni de' g nitori non possono impedire che si ricerchi la verità vera «*plus est quod in veritate agitur quam quod simulate concipitur*.

Se, adunque, la storia legislativa, in ciascun' epoca, riscontra una concezione così riguardosa dello stato di famiglia, per la funzione sociale della stessa; appunto perciò, dico, non potrà mai respingersi la rivelazione della verità da chiunque venga fatta, nel caso trattasi di falso nello stato di famiglia. Tanto più che può avvenire, che il figlio al quale espressamente è dato l' impugnativa o ignori la sua origine o abbia interesse al silenzio. Or, in tal caso, negare alla donna che falsamente l'ha riconosciuto per la sua qualità l'impugnativa del suo atto a fin di dichiarare la verità, o provando la propria impotenza a concepire, è contravvenire allo spirito della legge, perchè il principio ispiratore di essa vuole stabilito il vero nella filiazione per l' integrità, l'onore e la pace della famiglia.

Se, quindi, la legge vuol tutelata e garentita l'integrità, l'onore, la pace della famiglia, mal s'invoca nel suo divieto all'autore di un riconoscimento mendace di provare il falso e la simulazione che in esso s' asconde, quando e l' integrità e l' onore e la pace della fa-

miglia sono appunto turbati e compromessi dall' esservisi insinuato un estraneo per via delittuosa. Ed è poi giuridico ritenere che possa la legge sotto il suo manto protettore dar ricovero ad una falsità? V' ha dippiù. La famiglia è addentellato della società, ed è la società, che reclama nel suo interesse, che sia fatta la luce sul vero stato di famiglia, che i vincoli familiari non siano nè per falsità nè per menzogna in niun modo alterati; è la ragion sociale che afferma il suo impero e reclama il proprio dritto, a che l' istituto della famiglia sia mantenuto integro e salvo, dritto intorno a cui non potrebbe ammettersi transazione, per qualsiasi motivo.

Ma dicono gli oppositori, nei loro argomenti più importanti: il riconoscimento di figlio naturale è una confessione solenne, la quale, al pari di tutte le confessioni giuridiche, avendo per obietto il dritto altrui, non può mai disdirsi dal confitente.

Senonchè lo stato è d' ordine pubblico e crearlo o distruggerlo non può dipendere dalla volontà arbitraria dei privati; non è esatto, quindi, pretendere che la parte non possa mai rinvenire, impugnandola sulla propria confessione, nelle materie d' ordine pubblico. In queste materie già l' abbiamo ripetuto nel trattare la controversia secondo il dritto francese, non s'ammette alcuna transazione, alcuna rinunzia (art. 12 disp. prelim.) non solo, ma neppure s'ammette l'esame di giudici privati (art. 8 proc. civ.); or pei medesimi concetti, la confessione non obbliga chi l' ha fatta. Per fermo, non si può metter in dubbio l' efficacia contrattuale della confessione, la sua non revocabilità se non è conseguenza di un errore di fatto (1359, 1360 codice civile). Ma questi principii regolano le confessioni che si fanno nelle materie d' ordine privato, contrattuale, e dessi, senza dubbio, non sono estensibili alle confessioni nelle materie d'ordine pubblico. È ammaestramento codesto del dritto romano. La *professio*, la quale distinguevasi dalla confessione ordinaria per esser fatta fuori di giudizio, obbligava nei soli rapporti contrattuali ma a nulla valeva in tema di stato perchè *obligationes ex sola voluntate nostra dependent, sed filiatio non aliter nisi per generationem natum aut per adoptionem fieri potest* (Brunemann, Com. in codicem p. 274, Lipsiae, 1663).

Senonchè non può ritenersi il riconoscimento quale confessione se norme differenti regolano e l' uno e l' altro.

La confessione, difatti, non può esser impugnata da veruno (art. 1356, 1358 cod. civ.); invece il riconoscimento può impugnarsi dal figlio e da chiunque v'abbia interesse. Or affermare il contrario, è voler attribuire al legislatore una inconsiderata volubilità di norme, ciò ch' è assurdo giuridico. Del resto, anche a voler considerare quale una confessione il riconoscimento, ne consegue che, prescrivendo la legge la niuna efficacia della confessione riguardante un atto, per la cui validità richiede lo scritto *ad solemnitatem* (1314, 1364 cod. civ.) la medesima regola sia da seguire allorchè non si tratta di mancanza di una forma essenziale, ma di un atto di riconoscimento, del contenuto menzognero o falso inesistente di qui-

stione di stato, cioè, d'ordine pubblico, per eccellenza. Adunque colui il quale fece una mendace dichiarazione di riconoscimento può revocarla e rinnegarla; tale sua dichiarazione non l' obbliga anche per questi principî di dritto. La nullità di una obbligazione non dipende soltanto dal dolo, dall' errore o dalla violenza ma principalmente dalla mancanza di causa (1119 cod. civ.).

Or il riconoscimento di un figlio non è in sostanza che la dichiarazione d' un fatto preesistente e reale, quello della paternità, la paternità quindi è la causa dell' atto. Se invece il fatto è dimostrato falso, l' atto deve essere annullato per mancanza di causa. La nullità della obbligazione dipende tuttavia dal fondarsi su di una causa falsa ed illecita (art. 1119 cod. civ.); e la causa è illecita quando è contraria alla legge, al buon costume e all' ordine pubblico. Or quale maggior offesa al buon costume ed all' ordine pubblico di una falsa relazione di paternità!

Una relazione di paternità che realmente non esiste crea una specie di adozione imperfetta, contro la legge e la morale.

Ora perchè respingere l'autore del riconoscimento mendace, che si presenta a rivelare la verità nella filiazione? La società ha interesse a scovrire il vero nello stato degli individui; se mai il falso dichiarante sentisse il dover suo od oppresso dal rimorso e pentito venisse egli stesso a svelare l' indegna azione, si nuocerebbe all'istituto della famiglia, che si vuole e devesi serbare integro, ed ai figli veri, nei loro rapporti morali e pecuniari, vietandoglisi di smascherare la simulazione.

Nè si opponga che il riconoscimento è *actus legittimus* non soggetto cioè a termini, nè a condizione, e che per esser volontario, tuttavia è per colui che l' ha fatto, irrevocabile. Perocchè la revoca presuppone un atto valido e perfetto dapprima, che vien ad esser infirmato da causa sopravvenuta di poi. La legge nel prescrivere irrevocabile il riconoscimento, suppone l' atto istesso valido e perfetto, ed è naturale che il riconoscimento non si potesse revocare, per sopravvenienza di figli legittimi od altro avvenimento sovraggiunto.

Invece qui trattasi di atto nullo, per la causa falsa ed illecita, onde si origina, e l' autore di esso che si fa a svelarne la fraudolente simulazione che asconde, impugna l'atto istesso, non lo revoca. Alla revoca basta un semplice mutamento di volontà, una semplice negazione ma all' impugnativa occorre la prova del falso contro cui si insorge e della verità del fatto che si vuol stabilire e porre in essere.

Onde non è a parlare di revoca dinanti alla smentita di una propria dichiarazione di paternità o maternità, ma d' impugnativa: dessa smentita, a chi la fa, serve ad ottenergli ingresso in giudizio, ma è la prova del vero e reale nelle cose e nei fatti, che decide.

Gli oppositori di questa teoria soggiungono dippiù: il padre o la madre, essi dicono, che contesta il proprio riconoscimento, è ob-

bligato a sostenere d'aver mentito e *nemo auditur propriam turpitudinem allegans.*

Ciò non è a porre in dubbio. E l'interesse sociale a stabilire il vero nelle quistioni di stato appare anche nel dritto penale. Quivi il legislatore non solo considera reati gravissimi i fatti di sostituzione o supposizione di parto ma li vuole perseguibili per azione pubblica (art. 361-363 cod. proc.). Tuttavia in base all'art. 32 procedura penale s' è detto esser limitata la persecuzione penale di tali delitti, subordinandole alla decisione relativa del magistrato civile, ma conforme all'idea dei giureconsulti francesi più eminenti, il Laurent, il Marcadè, il Merlin, ben si è risposto in Italia dal Casareto (Foro ital. 1882, 1191) e da altri che mai l'azione repressiva della giustizia penale può esser limitata e specie nel perseguire reati che colla famiglia offendono la società e che l'art. 32 proc. pen. costituisce nient'altro che una norma di competenza dettata eccezionalmente nei reati di soppressione di parto, *quando già* la quistione di stato è *dibattuta* innanzi al magistrato civile. Non sempre però l'azione pubblica penale giunge a sorprendere la frode ed istituire un giudizio di soppressione di infante, ed allora il segreto potrebbe restare occulto e morire coll'autore della falsità, se questi è messo a tacere dal magistrato civile, a cui si era spontaneo presentato a dire il vero. La legge, non può disinteressarsi alle alterazioni nello stato delle persone, a detrimento della precisione ed efficacia sua nella società. Si considerino per poco le conseguenze dell'alterazione dello stato delle persone di fronte al dritto penale. Il figlio supposto sarebbe parricida uccidendo il padre o la madre fittizia, invece colpevole di omicidio semplice uccidendo il vero padre e la vera madre. Sarebbe colpevole d'incesto fornicando colla supposta sorella, non sarebbe nulla di male, avendo vincoli carnali colla sorella vera.

Questo brocardico tratto del dritto canonico apparve dapprima, nella dottrina francese, riferito alla presente controversia. E dette in ispecial modo autorità al Demolombe (vol. III. p. 163) di contraddire invocando la morale agli scrittori, tra i quali primeggiava il Dalloz (Parte prima filiazione N. 581) favorevoli all'azione di rifiuto di riconoscimento, allorchè colui che l'aveva fatto, non allegava nè dolo, nè violenza, nè errore.

Senonchè è vero che la ritrattazione da parte dell'autore del riconoscimento può talora riuscire odiosa, se a mo' d'esempio l'uomo che ha sposata una giovinetta riconoscendone il figlio come suo, venga poi a dire che questo figlio appartenesse ad altri.

Ma non per questo, l'allegante la propria menzogna dovrà tacere. La massima: *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* non può esser eccepita nelle materie che riguardano l'ordine pubblico, come lo stato di filiazione. Essa può esser eccepita se mai, quando la confessione giova solo all'autore del fatto turpe, non però quando la confessione assume il carattere di un dovere e giova alla verità nell'interesse altrui.

L'ordine pubblico ed il buon costume richiedono la verità nello

stato di filiazione. Or respingere appunto la rivelazione della verità il porre ostacolo a scovrirla in nome poi della morale al'orchè dai fatti apparisce il falso, è una offesa alla legge che vuol stabilita la famiglia sui vincoli del sangue, che tanto ha in cura il diritto dei figli veri.

La rivelazione del turpe d'altronde è pure voluta dalla legge; ciascun contraente può far annullare l'obbligazione svelandone la causa turpe e falsa (art. 1119); or perchè voler introdurre limiti, poi a riguardo della rivelezione del turpe nell'atto di riconoscimento, il più importante nella vita civile? Che importa che vien fuori lo scandalo, quando l'istituto della famiglia così d'interesse pubblico è restituito integro coll'escludersene l'estraneo intruso. Tanto più che anche nel caso si alleghi il dolo, o l'errore o la violenza, nel quale l'azione d'impugnativa è ammessa da parte de'lo autore senza dubbio può sorgere lo scandalo, allorchè all'attore non riesce favorevole la prova, del resto lo scandalo è pure permesso dalla legge ed in casi più gravi, informi l'azione di denegata paternità (168 cod. civ). Difatti anche in essa potranno uscire alla luce sia per mezzo di lettere, sia per mezzo di testimoni, convenzioni patti segreti od altri fatti gravi e scandalosi e nulla meno il legislatore dà dritto a codesta azione avendo rivolta la mente sempre al fine di stabilire il vero nelle quistioni di stato. Parimente informino le disposizioni riguardanti i delitti contro il buon costume e l'onore della famiglia (art. 331-335 cod. pen.) Anche qui il legislatore, nell'interesse sociale, sollecita lo scandalo, per la scoverta della verità. Mentre difatti dapprima dispone che quei reati sono a querela di parte, nei casi però che abbiano cagionato la morte, o si accompagnino ad altro delitto, per cui sia stabilita pena corporale non inferiore a 30 mesi e si debba procedere d'ufficio; che siano commessi in luogo pubblico o esposto al pubblico oppure con abuso di patria potestà o dell'autorità tutoria dispone che si proceda d'ufficio. Ora scandalo maggiore di questo che si origina dall'azione pubblica procedente per delitto di violenza carnale o congenere non vi potrà essere a discredito della famiglia, tuttavia la legge lo vuole a riparazione della moralità pubblica offesa.

Per il che conforme allo spirito della legge, all'interesse sociale, ai principii di ermeneutica giuridica agli insegnamenti dei più celebrati scrittori della dottrina giuridica, francesi ed italiani, concludendo diciamo ammissibile l'azione d'impugnativa del riconoscimento del mendace da parte dell'autore.

L'illustre giurista, il Pacifici Mazzoni (Lib. I. Delle persone pag. 377) commentando l'art. 188 codice civile scrive: *Del pari possono dimandare la nullità del riconoscimento i genitori legittimi del riconosciuto* ed infine: *può impugnare il riconoscimento la stessa persona che l'ha fatto quand' anche scientemente abbia riconosciuto un figlio non suo.*

Il Borsari, poi, svolge ampiamente la quistione (vedi § 432). Egli dopo d'aver invocato i principii generali di dritto in favore del-

l' ammissibilità della impugnativa da parte di chi fece una falsa dichiarazione di riconoscimento, esclama, essere in tal caso un *dovere* la ritrattazione a fin di ristabilire il vero. E continuando combatte il Demolombe che in nome della logica e della morale, vuole fatto il silenzio. *Il favore,* così si esprime, *per quanto si voglia esteso della presunzione che assiste questo importante documento non ha più ragione d'essere allorchè sotto ingannevoli apperenze ricopre una azione delittuosa.* E dimostra infine, lo strano che v'ha nel respingere *la rivelazione della verità in nome della logica quando proclama i fatti ed in nome della morale quando si tratta di un falso.*

Il Bianchi ricredendosi (vedi Bianchi, Corso Dritto Civile, seconda edizione parte 1:ª) si pone il quesito in forma d'interrogativo e poi così lo risolve: qualora la simulazione abbia avuto per oggetto di coprire una frode alla legge, quella delle parti ch'abbia interesse a dimostrarla debba essere ammessa a farne la prova anche per testimoni o per presunzione.

Il Ronga (Condizione giuridica dei figli nati fuori matrimonio pag. 110) nell'enumerare le persone che hanno dritto ad impugnare il riconoscimento include anche il riconoscitore medesimo per il quale, egli dice, il riconoscimento è un perenne testimonio della colpa commessa. E soggiunge: e se ciò non è a porre in dubbio nel caso il riconoscimento sia determinato dall'errore, dalla violenza, o dal dolo, io reputo lo stesso è a dire quando il riconoscitore intende d'impugnare il riconoscimento come non sincero senza allegare una causa ch'abbia viziato il suo consenso. In primo luogo perchè la legge con termini che non ammettono distinzione concede il dritto di contestare il riconoscimento a chiunque v'abbia interesse, secondamente perchè ripugna all'ordine pubblico che si possa attribuire ad una persona uno stato che non gli appartiene.

Il Buniva (Dritto delle Persone II, pag. 10) dopo d'aver accennato alla controversia sorta sull'argomento, nella dottrina in Francia originata dalla frase dell' articolo francese, conclude: siccome l'art. 188 del codice civile italiano è in termini diversi ed ampissimi così pensiamo che nella parola « da chiunque vi abbia interesse » si debba comprendere lo stesso riconoscitore.

Avv. Luigi de Meis

PARTE SECONDA — GIURISPRUDENZA

Corte di Cassazione di Napoli — *12 dicembre 1896*

La Volpe *Pres. ff.* — Cerchi *Est.*

Società dei Trasporti Marittimi (avv. Serafino) c.º Balena (avv. Marghieri)

Difetto di motivazione—Generalizzazione del concetto giuridico— Inammessibilità — Contratto di trasporto — Cose — Persone — Vettore — Obblighi (art. 388, 398 cod. di com. 1627, 1631 cod. civ).

a) *Allorchè il magistrato di merito trae un concetto giuridico dalle disposizioni di una legge generale non ha il dovere di ricercare se quel concetto stesso si riscontri nella legge speciale.*

b) *Il vettore risponde dei danni tanto a riguardo delle cose quanto a riguardo delle persone.*

c) *Quando il sub-vettore o vettore intermedio sia stato scelto e accettato dal passeggiero cessa ogni responsabilità nel vettore principale meno uanto l'accettazione del sub-vettore sia fatta dal passeggiere come di un agente del vettore, ancorchè l'accettazione stessa provenga dai termin del contratto di trasporto.*

Ritenuto che nel mese di luglio 1895 i coniugi Emilia Balena e Matilde Margherita ebbero a far parte degli emigranti in America, i quali s' imbarcarono in Napoli sul Maria Pia per raggiungere a Genova il piroscafo che doveva condurli a Rio Janeiro. Nelle acque di Spezia il Maria Pia urtò con l' Ortigia e calò a fondo. Fra i molti che perirono nel naufragio, erano anche due figliuoletti dei nominati coniugi.

Costoro citarono innanti al Tribunale Civile di Napoli la Società Generale dei trasporti marittimi a vapore, deducendo che il Balena aveva convenuto il noleggio da Napoli a Rio de Janeiro, per sè, la moglie e tre bambini e che aveva pagato al sig. Romanes, rappresentante la Società, il nolo corrispondente a due posti ed un quarto di seconda classe, e ritirato il biglietto d' imbarco firmato dal medesimo Romanes in detta qualità. Aggiungevano che nel 19 luglio 1895 partirono da Napoli sul piroscafo Maria Pia per conto della Società Generale, e che nella notte del 20 luglio, avvenuta una collisione fra il Piroscafo Maria Pia ed il bastimento Ortigia, essi coniugi subirono la perdita di due bambini e di tutta la loro sostanza raccolta in 18 colli imbarcati. In conseguenza domandarono contro la Società la condanna alla restituzione del nolo, ai danni interessi da liquidarsi, e frattanto ad un assegno provvisionale di lire venticinquemila.

La convenuta fece offerta reale di lire millecentodue e cinquanta nolo da Genova a Rio de Janerio, ma tale offerta fu rifiutata.

Il Tribunale, con sentenza 27-30 dicembre 1895, ritenuto il fondamento della responsabilità, ordinò alla Società di esibire, onde estrarne le partite notate relative alla controversia, i registri contenenti le matrici delle ricevute dei noli incassati nel mese di luglio 1895 e dei biglietti rilasciati durante il mese suddetto, nonchè il libro giornale, il registro dei passeggieri ed il libro copia lettere, tenuto durante il mese medesimo.

Contro tale sentenza appellò in principale la Società, e per incidente se ne gravarono i coniugi.

La Corte, tenendo presenti le mutue deduzioni delle parti, ritenne che tutta la controversia si compendiasse nelle due proposizioni seguenti:

1.° Se i coniugi Balena strinsero con la Società un sol contratto di trasporto da Napoli a Rio de Janeiro.

2.° Se, nell'affermativa della quistione precedente, la Società avesse provato che il disastro marittimo avvenne per caso fortuito senz'alcuna sua responsabilità.

Per tre principali argomenti tratti dai termini del manifesto per l'imbarco, dalle dichiarazioni contenute nel verbale di offerta reale e dall'indole del contratto fra la Società e gli emigranti, giudicó che unico era stato il contratto stesso, comunque si dovesse eseguire il viaggio su due piroscafi. Fermato un tal punto di fatto, soggiunge la Corte di merito, egli ê ovvio il considerare che la Società assunse la figura giuridica del vettore (art. 388 cod. comm.) che questi assume, per dettame di legge e per conseguenza imprescindibile del contratto, l'obbligo di provvedere alla incolumità delle persone e delle cose a lui affidate (art. 1631 cod. civ. e 400 cod. di comm.), e che in caso di disastro è tenuto al risarcimento dei danni ove non provi che l'evento fu l'effetto del caso fortuito, della forza maggiore del fatto del terzo e del danneggiato stesso. Ritenuto poi l'esibito testimoniale del capitano e dell'equipaggio della Maria Pia insufficiente a dimostrare il caso fortuito, con pronunciazione del 15 aprile corrente anno, rivocò l'appellata sentenza, dichiarò unico il contratto di trasporto da Napoli a Rio de Janeiro, ordinò l'esibizione dell'ordinanza della Camera di Consiglio del Tribunale penale di Genova del 24 febbraio 1896 e del testimoniale del capitano e dell'equipaggio dell'Ortigia e rinviò la causa ai primi giudici per l'ulteriore corso e per i provvedimenti sulle spese.

Avverso cosiffatta decisione la Società ha avanzato ricorso a questo Supremo collegio per i seguenti mezzi:

1° Le norme intese a garantire il trasporto di persone non potevano attingersi, come ha fatto erroneamente la Corte di Appello, dalle regole scritte per le cose.

Nè questa, che era una delle quistioni preliminari della causa, fu esaminata e discussa. Violazione degli articoli 361 N. 2, 517 N. 2 e 6 cod. proc. civ. e 388 e seg. Cod. di commercio.

2° Mancando per i passeggieri la possibilità del deposito, e quindi della detenzione continuata, non era il caso di ammettere la respon-

sabilità di un vettore per i fatti imputati ad altri vettori intermedi. D'altronde la Corte non si è punto occupata di quest'altra ragione giuridica della dedotta carenza di dritto negli attori. Art. 360 N. 6, 361 N. 2 e 517 N. 2-6 Cod. proc. civile; 1627, 1629 e seg. codice civile; 388 e seg. codice di commercio.

3° Trattandosi di un contratto di trasporto di passeggieri per mare, le regole da applicarsi dovevansi leggere e ricercare nel libro 2.° tit. 4.° cap. 4,° cod. di com. *dei passeggieri*, e la Corte non disse parola alcuna su di ciò, onde si ha altro difetto di discussione di motivazione in dispregio degli articoli innanzi citati.

4° Supposta in ipotesi la esistenza di un vero contratto di trasporto per l'intero viaggio non si poteva mai ammettere la responsabilità dello imprenditore primitivo per i fatti del vettore intermedio, quando quest'ultimo era stato scelto, o almeno accettato dal mittente.

Cotesta quistione era indipendente dalle altre, ed anche dal contratto unico, anzi sorgeva appunto dalla ipotesi di questo, e così fu prospettata dalla ricorrente, discussa e respinta dalla controparte. *Nullum verbum* nella sentenza su questo punto. Violazione degli art. 360 N. 6, 361 N. 2 e 517 N. 2 e 6 proc. civile.

5° Laddove la Corte di merito avesse inteso che la Società non fosse liberata provando che a lei non sia imputabile la sostituzione del vettore, in tale ipotesi l'impugnata sentenza avrebbe virtualmente violati nell'applicazione gli art. 398 cod. di comm. e l'articolo 1225 codice civile.

6° Si svolge il precedente mezzo affermando che, in tema di vettori intermedi una dottrina più che secolare ha riconosciuto il principio, che quando l'impiego di tali vettori era previsto nello stesso contratto, e quando era voluto e accettato dal mittente, non vi possa essere responsabilità dell'imprenditore primitivo.

7° La responsabilità derivante dall'art. 398 del codice di comm. è di stretta interpetrazione. Bastava che il vettore intermedio fosse stato soltanto accettato per escludere ogni azione contro l'imprenditore. Violazione degli articoli citati.

8° La Corte non dice una parola sola sulla disputa discussa tra le parti intorno alla prova dell'imbarco di 18 colli, dei quali si fa cenno nell'atto di citazione. Devesi supporre che ne abbia rinviato l'esame. Ma se ciò non fosse, sarebbero stati violati gli art. 360 N. 6, 361 N. 2, 517 N. 2-6 cod. proc. civ. 1312-1329 e 1866 codice civile; 498-547 e seg. 555 e seg. codice di commercio.

Attesochè i riferiti mezzi di annullamento si possono ridurre a tre capi principali:

1.° Difetto di discussione e di motivazione sotto i diversi punti di vista innanti prospettati — 2.° Esame delle quistioni sull'applicabilità delle disposizioni di legge tenute presenti dalla Corte di merito, e sulla dedotta responsabilità dell'imprenditore quando il vettore intermedio fosse stato scelto o almeno accettato dal mittente. 3.° Interpetrazione della sentenza impugnata intorno alla disputa dei colli.

Attesochè il primo degli accennati capi, ch'è relativo al difetto

di discussione e di motivazione, o non sussiste, o in ipotesi, pur sussistendo non può menare giammai all' annullamento della sentenza denunciata; trattandosi in ogni caso di omesse ragioni di dritto, che, come è risaputo, possono essere supplite dal Supremo Collegio. Davanti alla Corte di Appello la Società dei trasporti prendeva la conclusione che si dichiarasse la inammissibilità e la carenza di dritto di azione, la quale conclusione si faceva discendere da quattro proposizioni, costituenti quattro ragioni legali senza dubbio indipendenti l'una dall'altra, e che tutte oggi si fondano negli esposti mezzi del ricorso: 1° dalle inapplicabilità delle norme dettate nel tit. XIII. lib. I cod. di comm. pel trasporto delle cose a quello delle persone; 2° dal dovere di applicare al trasporto delle persone per mare le disposizioni sancite nel capo IV tit. IV lib. II detto Codice; 3° Dalla inesistenza della vera figura giuridica di vettore designata dall'art. 388 ridetto Codice di Comm. dal momento che il trasporto si compiva nel nome del mittente, non già in quello del preteso vettore; 4° Infine dal difetto della condizione giuridica essenziale richiesta dal successivo art. 298, cioè, che il vettore intermedio sia di libera scelta del primo vettore, e non già fissato e consentito dal mittente con lo stesso contratto. Ora la Corte di Appello discutendo e decidendo con la impugnata sentenza di essersi convenuto tra le parti unico contratto di trasporto da Napoli a Rio Janeiro e ritenuto in fatto ch'era stata la Società quella che, non facendosi il viaggio da Napoli a Genova con un suo legno, aveva fatto imbarcare i passaggieri sull'altro piroscafo *Marta Pia*, è venuto a sua volta ad affermare esplicitamente ed implicitamente le seguenti proposizioni :

a) Che unico era il vettore, cui vi erano a riconoscerne altri per intero viaggio da Napoli a Rio Janeiro; *b*) che il trasporto da Napoli a Genova si compiva non a nome del mittente, bensì a nome e per conto dello stesso vettore; *c*) che la responsabilità del vettore discendeva così dai principii generali del dritto, art. 1631 cod. civile, come dall'art. 400 del Cod. di comm. in quanto che il vettore assumendo l'obbligo del trasporto delle persone da un luogo ad un altro assuma giuridicamente anche quello di provvedere, durante tutto il viaggio alle incolumità delle persone stesse e delle cose a lui affidate; *d*) che in fine a lui incombesse l'onere della prova a dimostrare che l'effetto del caso fortuito, della forza maggiore, del fatto del terzo o del danneggiato, trattandosi di esimersi da una colpa contrattuale, non da una colpa aquiliana.

Le quali cose premesse, l'è facile scorgere che il difetto di discussione e di motivazione, di che innanzi tutto si duole la ricorrente, davvero non sussista.

Difatti dopo che la Corte di merito ebbe a riconoscere il fondamento della responsabilità nei principii generali del dritto privato, salvo la investigazione se per avventura si fossero da lei male applicate non aveva più l'obbligo di dimostrare che anche dalle disposizioni del Codice di Commercio scaturisce la stessa responsabilità; non avea più il bisogno di discutere la quistione che addivenne tutta

accademica, se le norme scritte in detto Codice sotto il Tit. XIII Lib. 1.° oltre al trasporto delle cose potessero applicarsi eziandio al trasporto delle persone; o se invece delle norme medesime dovessero applicarsi quelle sancite nel Capo IV Tit. IV Lib. II *Dei passaggieri*.

E la quistione addiveniva davvero accademica una volta che essa Corte, per dichiarare in genere responsabile la Società non prevedeva affatto il bisogno di ricorrere, come non ricorse, alla disposizione, si dica pure eccezionale, che gli attori avevano invocato nelle loro difese, quella dell' art. 398 detto Codice. La quale disposizione non occorreva certamente più d'invocare, una volta ch' essendo stato definito unico il contratto di trasporto, unico doveva essere il vettore; nè vi potevano essere vettori intermedii o successivi, se uno era l'agente della Società per l' obbligo del trasporto da costei esclusivamente assunto: lo che, come ebbe a dire la stessa Corte, non immutava punto la sostanza del contratto. Invano a dimostrare l' intervento di vettori intermedii accettati e consentiti con lo stesso contratto di trasporto si fa ricorso al dispositivo della sentenza impugnata, il quale nel dichiarare unico detto contratto per l'intero viaggio da Napoli a Rio de Janeiro soggiunse le parole « da eseguirsi parte sul vapore non appartenente « alla Società e parte sul piroscafo della stessa Società ». Imperocchè, salvo il voler ritrovare una contraddizione nella stessa sentenza tra la parte dispositiva ed i motivi di essa, il significato vero da dovere attribuire alle mentovate parole non è quello che il trasporto si dovesse eseguire a mezzo di più vettori, sebbene a mezzo di più veicoli, sempre a nome e per conto dello stesso vettore.

Fu così che rimasero implicitamente esauriti senza bisogno di altre parole, senza bisogno di altra discussione quegli altri mezzi legali dedotti a sostegno della eccepita carenza di dritto e di azione e che si riferivano alla inesistenza della figura giuridica di vettore designata dall' art. 388 ed al difetto della condizione giuridica richiesta per l' applicabilità o meno dell' altro art. 398 Cod. di Comm. In ogni modo, giova ripeterlo, pure ammesso il difetto di ragionamento, sarà sempre il caso di discutere oggi quali disposizioni di legge fossero davvero applicabili.

E venendo oramai a cotesta indagine, ch' è il secondo dei capi in cui si concreta il ricorso, innanzi tutto si assume di avere erroneamente la Corte di Appello ravvisato nella Società ricorrente la figura giuridica di cui nell' articolo su mentovato 388 il quale è scritto sotto un titolo che disciplina il trasporto delle cose, non quello delle persone.

Inoltre, si soggiunge, allorchè si tratta di trasporti marittimi l' ultimo capoverso dello stesso articolo 388 fa rinvio al libro secondo, cioè, al contratto di noleggio pel trasporto di passeggieri. Cotesta censura invece è sfornita di fondamento. Egli è vero, stando ai precedenti legislativi e portando attenzione ora a questa, ora a quella disposizione scritta sotto il Tit. XIII Lib. 1° del Codice di Commercio, apparisce che esso titolo regoli più il trasporto delle

cose, che quello delle persone. Non per tanto se chiunque assume in qualunque modo di eseguire e di fare eseguire trasporti è in generale un vettore, se questo appunto è la idea che dà del vettore l'art. 388, vuol dire che tale articolo presenta, sotto un concetto generalissimo, la figura del vettore, sia che il contratto di trasporto si riferisca alle persone, sia che si riferisca alle cose; sia che il trasporto debba eseguirsi per terra; sia che debba eseguirsi per mare od altrimenti. Nè che trattandosi di trasporti per acqua l'ultimo capoverso dello stesso art. 388 rinvia al libro 2° fa venir meno cotesto concetto, imperocchè detto rinvio non è fatto in quanto il libro secondo regoli in generale il trasporto marittimo delle persone, ma limitatamente in quanto esso regola le obbligazioni tra il mittente o l'imprenditore di trasporti col capitano o padrone della nave. Cosicchè le obbligazioni tra lo imprenditore di trasporti e le persone che debbono essere trasportate appunto come le altre tra lo stesso imprenditore ed il mittente, rimangono tuttavia regolate da disposizioni che non vogliono trovarsi scritte sotto il titolo che riguarda il noleggio.

Queste disposizioni, per analogia se non altro, sono quelle scritte nel Codice di Commercio sotto il titolo del contratto di trasporto; e l'analogia non puossi sconoscere affatto, avvegnachè non fosse mica a pensare che sotto l'impero del codice italiano richiami maggiormente l'attenzione del legislatore il trasporto delle cose, anzichè quello delle persone. La ragione adunque perchè le disposizioni dettate per l'un contratto si applicano eziandio all'altro è la stessa ed anche maggiore; e se per l'un contratto l'obbligo del vettore è quello di trasportare sane e salve le cose dall'un luogo all'altro; per l'altro contratto l'obbligo non deve essere minore, quello di trasportare incolumi le persone fino al luogo di destinazione. Ogni mancanza a quest'obbligo induce una colpa contrattuale, donde il fondamento della responsabilità. Ed ecco pure perchè nei rapporti di dritto privato il capo III tit. IX lib. III del Codice Civile dopo aver dichiarato essersi tra le principali specie di locazione di opere e d'industria quella di vetturieri sì per terra come per acqua, che s'incaricano del trasporto delle persone e delle cose (art. 1627), col successivo art. 1631 soggiunge e che essi sono obbligati per la perdita e per i guasti o le avarie delle cose a loro affidate. Or, se loro vanno affidate eziandio le persone; è chiaro che eglino non possono non rispondere eziandio di danni che per avventura provvengono alle persone medesime per colpa di essi.

La cennata disposizione dell'art. 1631, invocata pure dalla Corte di Appello, dalla Società ricorrente si assume essere inapplicabile alla causa, come inapplicabile l'intero titolo del contratto di trasporto; avvegnachè, ella dica, la responsabilità di vetturieri, fondandosi sul deposito delle cose loro affidate e che essi hanno il dovere di custodire, non debba riferirsi alle persone, le quali di deposito non possono formare giuridicamente materia. La quale responsabilità in ogni caso, si soggiunge, dovrebbe gravare sul Capitano della *Ma-*

ria Pia, come quegli che si ebbe affidate le persone dei passaggieri. Innanzi tutto non bisogna confondere i concetti; non perchè per lo trasporto delle cose il fondamento della responsabilità del vettore si possa riconoscere sul deposito fatto presso di lui delle cose medesime e che il mittente non può più custodire, si debba da ciò conchiudere che quando il trasporto rifletta le persone, manchi nel vettore l'obbligo insito ad ogni contratto di tal genere, quello di trasportare o di far trasportare incolumi da un luogo all'altro così le persona come le cose. Ciò sarebbe argomentare dalla specie al genere, dal particolare all'universale. Secondariamente appunto perchè la responsabilità sarebbe in ogni caso del capitano della *Maria Pia*, esso non può non estendersi alla persona del vettore, come quegli che debba rispondere della colpa di coloro, a mezzo dei quali, eseguisce il trasporto.

Attesochè qui si connetta la indagine se essendo il sub-vettore noto all'altro contraente e dal medesimo accettato col contratto, possa ciò valere per esimere il vettore da qualunque responsabilità. È a cotesta indagine che la ricorrente attribuisce la maggiore importanza della causa ma essa indagine però è pregiudicata d'assai, come l'è stato dinanzi già discusso, dal giudizio tutto di fatto della Corte di Appello, che dichiarò convenuto tra le parti unico contratto di trasporto, rimanendo con tale dichiarazione implicitamente esclusa ogni figura di vettore intermedio, avente rapporti giuridici distinti da quelli del vettore principale.

Da ciò in fuori, fino a quando il sub-vettore possa dirsi scelto, voluto ed imposto dall'altro contraente, si può concepire conforme ai principii di dritto che il vettore, il quale subisce la scelta e la legge del contratto, sia esente da ogni responsabilità per le colpe del sub-vettore, stante la mala scelta fatta di costui dall'altro contraente. Ma quando questi è informato sì dello intervento di un sub-vettore, ma non altrimenti lo riconosce e lo accetta che come un agente del vettore principale, come un mezzo per eseguire il trasporto, al quale quest'ultimo si era esclusivamente obbligato, in tal caso la scienza, l'accettazione, provenga pure da termini dello stesso contratto, non influisce punto sulla quistione di responsabilità, perchè resta sempre e fermo il principio che il vettore è responsabile delle persone, ch'egli impiega per l'esecuzione dell'obbligo da lui assunto. La scelta della persona del sub-vettore fu sempre liberamente da lui fatta: ed a lui certamente va imputato se tale scelta cagionò danni. La società ricorrente non ha mai sostenuto, nè lo poteva, che il trasporto da Napoli a Genova sulla *Maria Pia* fosse stato voluto ed imposto dai coniugi Balena; costoro non fecero che accettarlo, come quello stato indicato dalla società, la quale per ragioni facili a comprendere trovò conveniente ai suoi interessi di non farlo eseguire da alcuno dei suoi piroscafi. Posto ciò è su di lei, se colpa vi fu da parte del sub-vettore, che pesar deve la responsabilità; e come la Corte di Appello questo e non altro ha affermato, il suo pronunziato non merita censura.

Attesochè l'ultimo capo del ricorso rifletta la disputa intorno al risarcimento dei danni domandato dai coniugi Balena per la perdita dei 18 colli; ed esso si riveli come gli altri infondato. Se la Corte di Appello serbò silenzio su detta disputa, n' ebbe ben donde, una volta che i primi giudici neppure se n'erano occupati. Ma di tale silenzio non può aver ragione di dolersi la ricorrente; imperochè se la quistione non fu nè discussa nè decisa dai giudici di merito, vuol dire che *res adhuc integra est:* essa è rimasta impregiudicata e potrà ancora riproporsi, per essere risoluta ad *normam juris.*

Attesochè rigettandosi il ricorso debba condannarsi la ricorrente alla perdita del deposito ed alla rivalsa delle spese.

Per tali motivi etc.

CORTE DI CASSAZIONE DI NAPOLI — *31 dicembre 1896*

CIAMPA *P. P.* — TORALDO *Est.*

Fiorante (avv. Laliccia) c. Fusco (avv. G. M. Rossi)

Prova testimoniale—Proroga chiesta nel verbale prima della udizione dei testimoni—Esclude la decadenza per difetto di notificazione della lista dei testimoni di riprova (art. 232, 234 C. P. C.).

Quando si domanda la proroga nel verbale di prova, prima dell' udizione dei testimoni, non s'incorre nella decadenza dalla riprova per non essersi notificata la lista cinque giorni prima degli esami (1).

La Corte ha ritenuto in fatto che con sentenza del 22 giugno 1888 il Tribunale d'Isernia ammise Domenicangelo Fiorante a provare con testimoni di essere creditore di Antonio Fusco della somma di lire 1384. Morto Fiorante nel corso del giudizio, Fusco il 6 ottobre 1895 notificò agli eredi la detta sentenza. Nei termini dei 30 giorni fissati dall'art. 234 cod. proc. civ. per fare gli esami, termine che spirava nel 5 novembre detto anno gli eredi Fiorante avanzarono istanza per la designazione del giorno, luogo ed ora in cui i

---

(1) Degna di nota è la massima sancita colla riportata sentenza per la quale viene contemperata in equa lance la già dibattuta disputa della unicità e della pluralità delle liste testimoniali. Ed invero mentre ora, per concorde giureprudenza non più si contesta che il termine imposto dall'art. 234 decorre contemporaneamente per la prova e per la riprova, si riconosce d' altra parte esplicitamente che la proroga del termine fa lecito alle parti aggiungere altre liste di testimoni sotto una duplice condizione che il decreto di proroga intervenga pria della audizione di alcun teste e che le liste aggiunte sieno notificate ritualmente cioè nei cinque giorni che precedono quello prorogato per l' espletamento della prova. E certamente appaiono evidenti due argomenti a sorreggere la massima adottata dal nostro Supremo Collegio, l'uno desunto dalla parola della legge che coll'art. 234 fissa il termine preventivo della notificazione della lista in relazione al giorno in cui debba cominciarsi l'esame dei testi, ondecchè è una condizione di fatto che, non verificandosi, non induce decadenza: l'altro dalla ragion della legge che non può non dare la più ampia efficacia alla proroga dei termini allorchè la scadenza di questi importerebbe la nullità dell'azione esercibile in giudizio a tutela del proprio diritto.

La tesi perciò validamente sostenuta dal resistente ed accolta dal Supremo Collegio è conforme ai più sani precetti giuridici.

testimoni dovevano comparire ed il pretore delegato per la compilazione della prova fissava il giorno 4 del detto mese di novembre. Cinque giorni prima i Fiorante notificavano a Fusco la lista dei loro testimoni ai sensi dell'altro art. 234 detto codice. Fusco invece senza dar esecuzione alla disposizione contenuta in detto articolo, il giorno fissato per l'esame, prima ancora che l'esame medesimo fosse incominciato, chiese la proroga del termine dei 30 giorni, che andava a spirare come si disse il 5 novembre. I Fiorante si opposero, deducendo che non avendo Fusco adempito a quanto sotto pena di nullità prescrive il ricordato art. 234 non poteva ai sensi degli altri art. 46 e 47 del codice stesso ottenere la detta proroga. Il Pretore rinviò le parti davanti il Tribunale, il quale con la denunziata sentenza concesse a Fusco la proroga. Codesta sentenza viene dai Fiorante denunciata alla censura del Supremo Collegio per unico motivo cioè per la violazione dei ricordati art. 232, 234, 46 e 47 cod. proc. civ.

Ha considerato in diritto che la eccezione d'inammessibilità proposta da Fusco avverso il ricorso dei Fiorante non ha fondamento giuridico, avvegnacchè non è la prima volta in Cassazione che i ricorrenti deducono la decadenza di Fusco a compilare la sua riprova. Questa deduzione fu fatta davanti i giudici di merito, anzi costituì la base della opposizione che i ricorrenti medesimi facevano avverso la istanza di Fusco per ottenere la proroga del termine dell'esame.

Che messo in aggiustato rapporto gli art. 232 e 234 cod. proc. civ. assorge codesto concetto e cioè che altro è il termine stabilito dalla legge per fare gli esami, altro è quello, nel quale i procuratori delle parti debbono sotto pena di nullità, notificarsi le liste dei testimoni. Il primo di 30 giorni, qualora non si è stabilito altro termine, decorre rispettivamente dalla scadenza di quello stabilito per fare opposizione od appello e, quando siavi stato giudizio di opposizione o di appello dalla notificazione della sentenza profferita in questi giudizii; l'altro è di 5 giorni anteriori a quello dell'esame. Le dispute sinora fatte caddero sul termine stabilito dall'art. 234 e si discusse per sapere se le liste potevano essere multiple purchè notificate 5 giorni prima della dichiarazione di ciascun testimone. Questo Supremo Collegio coi suoi ripetuti pronunziati ha ritenuto che la lista dei testimoni doveva essere unica e presentata prima del cominciamento della prova, ma che ove la prova stessa non fosse incominciata, restasse lecito alle parti di aggiungere altri testimoni purchè la notificazione della nuova lista avvenga cinque giorni prima di quello nuovamente designato per l'esame. Di questa massima però i ricorrenti non possono giovarsi ove si riflette che Fusco chiese la proroga del termine dei 30 giorni e non quello dei cinque giorni per la notificazione delle liste, ed ove si aggiunga, la qual cosa è decisiva, che la proroga stessa fu chiesta, quando ancora i 30 giorni non erano decorsi, e prima che l'esame avesse avuto principio.

Che la massima testè enunciata vale a dire che le parti possono chiedere la proroga del termine per fare gli esami tuttochè nei cinque giorni precedenti a quello stabilito dal giudice.

Corte di Cassazione di Napoli — *31 dicembre 1896*

Ciollaro *Pres. ff.* — Salvati *Est.*

Fortunato (avv. Vaglio) c. Pasquariello (avv. Scardaccione e Giliberti)

Prescrizione—Terzo possessore—Fondo enfiteutico (art. 2135 C. C.)

Il terzo possessore che acquista come proprietà libera e piena un immobile enfiteutico può prescrivere questo suo acquisto anche contro il suo direttario; ma ciò non è quando non siasi acquistato a titolo gratuito od oneroso, che fosse, la intera proprietà come libera e piena, laddove fosse soggetta al canone.

Attesochè un giudizio si agitava dal fondo per il Culto contro Francesco Pasquariello per canoni non pagati. Il ricorrente Francesco Fortunato come creditore ipotecario del Pasquariello pagò al fondo Culto acquistando il dominio diretto, e proseguì il giudizio chiedendo la devoluzione. Il Francesco Pasquariello impugnò il diritto del Fortunato come domino diretto asserendo che egli fusse un creditore per le somme pagate al Fondo per il Culto di che ora non è più quistione essendo cosa giudicata che il Fortunato sia domino diretto succeduto al Fondo per il Culto, ed il figlio del Francesco Pasquariello donatario del padre per la metà del caseggiato onnossio al canone, eccepì la prescrizione acquisitiva decennale dappoichè nel titolo suo di donazione non si era menzionata la gravezza del canone, epperò per lo decorrimento dei dieci anni dalla trascrizione erasi prescritto il canone. Il Tribunale con la sentenza denunziata abboccò all' amo e quindi per la metà del fondo dichiarò la devoluzione, e per l'altra metà quella donata dal Francesco Pasquariello al figlio Antonio, rigettò la domanda di devoluzione atteso la prescrizione.

Attesochè egli è vero che possa il terzo possessore che acquistò come proprietà libera e piena un immobile enfiteutico, prescrivere questo suo acquisto, anche contro il direttario, ma ciò non è quando non siasi acquistato a titolo gratuito od oneroso che fosse la intera proprietà come libera e piena, laddove fosse soggetta al canone. Ma nel fatto specie lo Antonio Pasquariello non acquistò col dono se non la nuda proprietà avendo il donante riservato a se l'usufrutto.

E qui occorre rilevare che erroneamente dice avere il Francesco Pasquariello trasferito la nuda proprietà del dominio utile, imperocchè gli smembramenti della proprietà sono dominio utile e dominio diretto nella enfiteusi, nuda proprietà ed usufrutto. La nuda proprietà non è che il dominio diretto, l' usufrutto è l' utile dominio,

Or vanamente si dice dai ricorrenti e resistenti che si donava la nuda proprietà dell' utile dominio, è questo un novello e strano smembramento della proprietà che non ha riscontro nella legge, nè nella scienza.

Si donava quindi la nuda proprietà dal Francesco Pasquariello al figlio Antonio di quel caseggiato del quale egli non era altro che

semplice utilista. E che cosa acquistava lo Antonio? quel diritto eminente del direttorio che non si poteva dall'utilità alienare, così che per potere usucapire il Francesco e per esso il suo avente causa lo Antonio occorreva un' inversione di possesso, ma dove avvenne questa inversione di possesso?

Il Francesco rimase sempre l' utilista nei rapporti del direttario, perchè egli non si spogliò del possesso, e il donatario non entrò nel possesso che rimase presso il donante usufruttuario, or come senza il possesso avrebbe potuto usucapire?

Nè si dica che lo Antonio possedeva la mercè del titolo il possesso della nuda proprietà che si attuava e si estrinsecava per lo mezzo del donante usufruttuario. Egli è vero che la scuola discerne il possesso *animo tantum* ed il possesso *animo et corpore*; ed il primo si continua nel titolo dominicale, quale sarebbe il possesso dei boschi, il possesso degli arenili e montagne incolte, e via discorrendo; ma nel fatto speciale trattavasi di una casa di abitazione capace di possesso materiale, e questo possesso permaneva nelle mani dell' utilista Francesco, e perchè si fosse avverata una inversione non bastava il nudo titolo, perchè si operasse quel possesso utile alla usucapione, conciossiacchè quel possesso sarebbe stato occulto, equivoco, epperò non utile alla usucapione.

Che se poi voglia dirsi che si donò l'utile dominio e non il diretto, sul quale utile dominio il donante riservavasi l'abitazione durante sua vita, e questo trasferimento si vorrebbe esprimere in quella ibrida forma di *nuda proprietà* del *dominio* utile, non sa comprendersi come si possa in base del nudo titolo usucapire quel dominio del direttorio che non si sarebbe trasferito.

Ed in siffatta ipotesi ben si dice dal ricorrente che interrotta la prescrizione dagli atti contro il Francesco sarebbe interrotta anche contro lo Antonio. È questa interruzione per vero campeggia in tutte le ipotesi, conciassiacchè sempre l' obbligo al pagamento del canone incomberà al donante che godeva l' usufrutto, e il direttario non avea azione alcuna contro il donatario epperò la interruzione contro l'uno interrompeva il corso della prescrizione anche contro l'altro.

Attesocchè va indubbiamente accolto il ricorso per avere il giudice del merito fatto mal governo dei principii legislativi che regolano l' istituto della prescrizione e la materia della enfiteusi.

Imperò il primo motivo che è stato pur dalla difesa abbandonato non regge, perocchè vuolsi sostenere essendosi donato dal padre a titolo di anticipata successione dovendo egli conferire il dono è sempre un successibile che continua la personalità giuridica del donante. Codesto è un errore, perocchè il donatario è sempre terzo, e mal si definisce continuatore della persona del donante suo padre che è ancor vivente, poichè *viventis nulla hereditas.* Laonde questo primo mezzo vuol essere respinto.

Attesocchè accogliendosi il ricorso va restituito il deposito, e le spese vanno più utilmente rinviate al merito.

CORTE DI CASSAZIONE DI NAPOLI — *31 dicembre 1896*

CIAMPA *Pres.* — CALABRIA *Est.*

Beck (avv. Bellucci-Sessa) c. De Vargas e Cirillo (avv. De Vargas e De Roberti)

Donna maritata—Autorizzazione giudiziale — Opposizione d'interessi —Espediente volontario — Validità (art. 136 cod. civ.; 799 e 801 proc. civ.).

Nel caso di opposizione d'interessi fra marito e moglie, per ottenere l'autorizzazione giudiziale, se costoro siano di accordo e sottoscrivono il relativo ricorso, il provvedimento di autorizzazione è dato ritualmente con decreto proferito in camera di consiglio, senza che occorre l'intervento del pubblico ministero ; nè occorre che il Tribunale ascolti il marito personalmente o che ne sia ordinata a tale uopo la citazione (1).

Attesochè col 5° mezzo del ricorso si ripropongа all'esame di questo Supremo Collegio una quistione di notoria importanza, sia per le divergenti opinioni degli scrittori, sia per la giurisprudenza divenuta recentemente incerta, e sia per le gravi conseguenze pratiche, che dalla risoluzione di essa derivano.

Trattasi di sapere se, sottoscritta da entrambi i coniugi la domanda al tribunale per autorizzazione a contrarre un mutuo in solido con ipoteca sui beni del marito e su quelli parafernali e dotali della moglie, l'omologazione successiva del relativo istrumento, impartita con le forme di decreto e senza conclusioni del pubblico ministero, sia valida ai termini di legge; ovvero faccia mestieri di seguire il procedimento speciale tracciato negli art. 799 ed 801 cod. proc. civ., cioè domanda di autorizzazione giudiziale, notificazione al marito del relativo ricorso e del decreto presidenziale contenente determinazione del giorno per la personale comparizione di lui davanti al tribunale, le conclusioni del ministero pubblico, e la pronunciazione con sentenza. In altri termini, devesi riesaminare e decidere, se, nel caso di opposizione d'interessi tra marito e moglie, per otte-

---

(1) La nostra Corte di Cassazione con due sentenze del 14 e 28 luglio 1896 (*Mov. Giurid.* 1896, pag. 433 e 439), cioè in meno di un mese, seguì due opinioni diverse: ora con questa dotta ed elaborata sentenza ha fermato la massima che quando vi è l'accordo dei coniugi, nei casi di opposizione d'interessi, basta che l'autorizzazione sia data dal tribunale con decreto proferito in camera di consiglio.

Hanno seguito questa opinione: Cass. Napoli 13 dicembre 1884 (*Gazz. Proc.* XIX, 252), 22 agosto 1894 (*Legge*, 1895, I, 262) e 28 luglio 1896 (*Mov. Giurid.* 1896, 439); Cass. Torino 6 giugno 1873 (*Giurisp. Ital.* 1873, I, 1, 431) e 17 Marzo 1884 (ivi, 1894 I. 1, 448); app. Napoli 30 dicembre 1896, vedi pagina 64 del presente fascicolo.

Hanno seguito l'opinione contraria Cass. Roma 30 giugno 1893 (*Giurisp. Ital.* 1893, I, 1, 751) e 25 marzo 1895 (ivi, 1895, I, 1, 294); Cass. Torino 30 luglio 1896 (ivi 1896, I, 1, 1032). App. Genova, 15 dicembre 1896 (*Il Giurista* VII, 36).

nere la giudiziale autorizzazione sia applicabile il cennato procedimento speciale, o misto che voglia dirsi, anche quando il marito non neghi la sua autorizzazione alla moglie, ma unitamente a costei la domandi al magistrato, sottoscrivendosi da entrambi il relativo ricorso.

La Corte di appello di Napoli, dichiarando con la denunciata sentenza di volersi uniformare all'autorevole responso emesso nel decorso anno in altra causa dalla Cassazione romana a sezioni unite, ed aggiungendo che oramai nulla di nuovo si possa dire pro o contra dopo tanti studii e tante discettazioni, ripete i concetti fondamentali di quella decisione, ed in conseguenza dichiara nulla la obbligazione in controversia.

Innanzi però di specificare le ragioni principali addotte dalla Corte di merito e dai resistenti, nonchè quelle in contrario che si adottano, sembra opportuno a maggiore chiarezza della rassegna, che preceda il testo delle disposizioni intorno alle quali la disputa si svolge.

Il codice civile dopo aver designati gli atti che la moglie non può fare senza l'autorizzazione del marito, e determinati i casi nei quali cotesta autorizzazione non sia necessaria. con l'art. 136 dice;

« Se il marito ricusi l'autorizzazione alla moglie, o se trattisi di atto nel quale siavi opposizione d'interesse, ovvero se la moglie sia legalmente separata per sua colpa o per colpa sua e del marito, o per mutuo consenso, sarà necessaria l'autorizzazione del tribunale civile.

« Il tribunale non può concedere l' autorizzazione, se prima il marito non fu sentito o citato a comparire in Camera di consiglio, salvo i casi di urgenza ».

Nel capo II poi, titolo IV, libro III del cod. pr. civ. intitolato « *Dell'autorizzazione alla donna maritata* » si leggono gli art. 779 a 801 così concepiti :

Art. 779. La domanda di autorizzazione giudiziale nei casi indicati nell'art. 136 del cod. civ. deve proporsi con ricorso.

Art. 800. Il cancelliere presenta immediatamente il ricorso al presidente del tribunale, il quale stabilisce il giorno, in cui il marito dovrà comparire personalmente davanti al tribunale per esporre i motivi del rifiuto. Copia del ricorso e decreto è notificata al marito nelle forme delle citazioni nel termine stabilito dal decreto stesso.

Art. 801. Il tribunale, osservate le prescrizioni del capoverso dell'art. 136 cod. civ., pronunzia con sentenza sulla domanda di autorizzazione, sentito il ministero pubblico ecc.

E tra i requisiti, che la sentenza deve contenere a pena di nullità, vi è al n. 3 la menzione che fu sentito il ministero pubblico.

Atteso che ciò premesso, alla nullità della obbligazione ritenuta dalla Corte di appello stanno per base, come dalla sentenza impugnata e dalle difese dei resistenti, queste principali proposizioni :

a) L'art. 136 cod. civ. determina i casi in cui all' autorizzazione del marito si debba sostituire quella del giudice. Esso li com-

prende tutti, e prescrive che il marito debba esser sempre sentito o citato a comparire in Camera di consiglio. La procedura devesi ricercare negli art. 799 e seg. cod. pr. civ. nel capo II tit. IV libro III, che tratta appunto dell'autorizzazione alla donna maritata, onde è che fuor di luogo si ricercherebbero altre disposizioni su tale obbietto.

b) Il testo dell'art. 799 non fa distinzione tra il caso di opposizione d'interessi fra i coniugi e quello del rifiuto di autorizzazione opposta dal marito: *ubi lex non distinguit etc.*

c) Se il legislatore avesse voluto stabilire una procedura diversa nei casi testè accennati, sarebbe stato necessario farne espressa dichiarazione.

d) L'argomento che in contrario si trae dalla dizione dell'art. 800, cioè che il marito dovrà comparire personalmente davanti al tribunale per esporre i motivi del suo rifiuto, non ha valore; perciocchè la citazione al marito per l'indicato scopo non esclude la sua comparsa volontaria.

e) La comparizione, o almeno la citazione del marito, è sempre necessaria perchè il magistrato facendo tutte le opportune interrogazioni riesca a tutelare gl'interessi che gli sono stati affidati.

In altri termini, l'interpretazione logica del citato art. 800 si è, che solo nel caso di rifiuto si debba citare il marito; ma non mai che il procedimento tracciato trovi applicazioni nel solo caso del rifiuto.

f) Il criterio per applicare la procedura degli art. 799 e 801 ovvero quello degli art. 778 e seg. che sono tra le disposizioni comuni per le materie da trattare in Camera di consiglio, cioè con la semplice forma del decreto, non è la distinzione dei beni in parafernali o dotali, ma invece l'esistenza, o non, dell'opposizione d'interessi.

g) L'art. 1405 del cod. civ. nel quale si richiede per la distrazione della dote, o per la riduzione delle ragioni dotali, il solo consenso del marito e della moglie avvalorato dal decreto del tribunale, senz'altra formalità, riflette unicamente la obbligazione *ob*biettiva della dote col consenso del marito, a vantaggio della donna maritata.

h) Da ultimo, per non discendere alla enumerazione di altre ragioni secondarie, la obbligazione sarebbe sempre radicalmente nulla per mancanza di conclusioni del pubblico ministero il quale, per suo istituto in materia di autorizzazione giudiziale alla donna maritata, avrebbe dovuto essere sentito.

Coteste argomentazioni, a giudizio, dei ricorrenti, trovano riscontro non pure nel pensiero del legislatore, e nello scopo che egli volle conseguire, ma anche nella genesi storica degli articoli 136 del cod. civ. 699 e 800 cod. proc. civ. E intorno a questo punto si fa rilevare che nei lavori legislativi, non accolto il parere di sopprimere l'istituto dell'autorizzazione, ed introdotto nello art. 136 il caso nuovo della necessità dell'autorizzazione giudiziale eziandio per opposizione d'interessi, vennero formulati gli articoli 144 e 145 del progetto senatorio, per cui il tribunale avrebbe dovuto sentire personal-

mente il marito senza assistenza di procuratore o altro patrocinante. E coerentemente al codice civile, in quello di procedura civile fu formulato l'art. 800 nel senso che, nella contraddizione d' interessi, si avesse a procedere giusta gli articoli 779, 780 e 781, sentito il pubblico ministero; e nell'altro caso del rifiuto di autorizzazione si dovesse invece procedere a norma degli articoli che seguivano. Siffatta disposizione fu soppressa nella compilazione deffinitiva; e da ciò i resistenti traggono la conseguenza, che pur la genesi delle disposizioni delle quali discutesi conferma l'esclusione di una doppia forma di procedimento, secondo che trattisi di conflitto d'interessi o di autorizzazione ricusata, essendo rimasta unica ed indistinta per tutti i casi la procedura segnata negli art. 799 e seg. del vigente cod. proc. civ.

Atteso che tolti ad esame gli argomenti testè riassunti, e messi a confronto di quelli in contrario che vengono prospettati dal ricorrente, è forza riconoscere che questi ultimi siano prevalenti, per mantenere la efficacia della obbligazione contratta dalla donna, che unitamente col marito non solo domanda ed ottiene dal giudice il decreto di autorizzazione a concludere un mutuo solidale, ma fa pure omologare dallo stesso magistrato il relativo istrumento, seguendo la regola comune ed ordinaria degli affari da trattarsi in Camera di consiglio.

In una quistione di puro ordine procedurale, quale si è quella che ne occupa, la risoluzione si dovrebbe trovare con la interpetrazione letterale. La procedura è *lex scripta*, e se non è stabilita nel testo delle leggi, invano la si cercherebbe nei principii del dritto o nella storia; perciocchè le istituzioni giudiziarie, ed in ispecialità la procedura, che ne fa parte, non solo si debbano trovare in correlazione con l'indole del dritto che per esse si attua, ma debbano anche risentire delle condizioni contingenti del tempo e dello spazio, nelle quali sorgono e si formano, ond'è che hanno la parte che vuolsi dire puramente arbitraria.

Ora soffermandosi all'analisi letterale degli articoli 136 cod. civ. e 799 e seg. cod. proc. civ. è agevole notare, che per l'art. 136 in tutti i casi, nei quali si fa luogo all'autorizzazione giudiziale, cioè rifiuto di questa da parte del marito, conflitto d'interessi fra i coniugi, e separazione personale avvenuta per i motivi ivi espressi, l'autorizzazione non possa impartirsi se prima il marito non fu sentito o non fu citato a comparire in Camera di consiglio. Onde è che se il marito intervenne ed espresse la sua volontà adesiva sottoscrivendo il ricorso, secondo il sistema del nostro rito civile, devesi dire che egli fu sentito, non altrimenti che il codice di proc. civ. nello art. 780 dice *sentire* il *ministero pubblico*, quando questo abbia a dare le sue requisitorie scritte.

Inoltre gli art. 799 e seg. cod. pr. civ. non si occupano del modo onde debbasi procedere nel caso del marito consenziente, ma in quello del marito che rifiuta, dicendosi espressamente doversi stabilire il giorno della personale comparizione del marito « per esporre i mo-

tivi del rifiuto ». Se il testo parla di rifiuto, come è possibile leggervi il caso contrario del marito che annuisce?

È ben vero, che l'art. 799 richiama in generale i casi dell'art. 136, ma quando poi in seguito apertamente l'art. 800 limita la comparizione personale al caso del rifiuto del marito, è chiaro che l'autorizzazione per conflitto d'interessi sia esclusa da quel procedimento e debba in conseguenza essere regolata dalle norme generali degli art. 778 e seg, dello stesso codice di proc. civ. L'affermazione pertanto che sotto il capo II tit. IV libro III del cod. di procedura civ. debbansi trovare tutte le regole procedurali in *subiecta materia* è del tutto gratuita; sia perchè non suffragata dal testo di quelle disposizioni, sia perchè trova la sua confutazione nell'art. 1405 del cod. civ., pel quale si possono la dote e le ragioni dotali alienare o restringere mediante il solo consenso dei coniugi con l'autorizzazione del Tribunale, serbate le semplici forme del decreto.

Certamente cotesta ipotesi non s'immedesima con quella dell'autorizzazione materiale, dacchè son due differenti istituti quello della dote e quello dell'autorizzazione maritale. Ma è impossibile disconoscere che nel caso della distrazione della dote, massime se avvenga nell'interesse del marito onde migliorare indirettamente gl'interessi della famiglia, si contengano i due concetti che animano le disposizioni legislative in fatto di autorizzazione giudiziale, cioè la sostituzione dell'autorità del giudice a quella del marito, e la protezione degli interessi della famiglia. Nè ha più saldo fondamento la distinzione che si è voluta creare, ma che non è nel testo della legge, tra le parole *citato* e *sentito* scritte nell'art. 136, per inferirne la necessità di doversi in ogni caso chiamare il marito a comparire personalmenfe innanzi al Tribunale; perciocchè coteste parole nel loro significato di lingua e tecnico non esprimano il concetto che ad esse si vorrebbe attribuire: e poi, stando sempre per ora alla interpetrazione letterale, giova qui ripetere, che nel sistema del nostro codice di procedura civile la comparizione personale delle parti è una eccezione che devesi trovare scritta, Or mentre nell'art. 136 codice civ. si parla soltanto di comparizione, nell'art. 800 della proc. civile la comparizione personale è in *terminis* richiesta soltanto pel caso del rifiuto del marito.

Atteso che l'elemento razionale e l'elemento storico delle disposizioni in disputa rifermano la interpetrazione letterale testè accolta.

Lasciando da banda il dritto romano, che nella proposta quistione di procedura riesce uno sterile ricordo di facile erudizione sulla condizione giuridica della donna in quel panteismo politico che era la costituzione romana, e tanto meno soffermandosi alle legislazioni posteriori per le quali venne quella condizione sempre migliorando, poscia che in esse nulla si trova che abbia diretto o indiretto rapporto con la quistione in esame, è cosa certa, che mentre nel codice francese e nelle leggi civili di queste provincie meridionali d'Italia fu ammesso l'istituto dell'autorizzazione maritale, non fu in esso compreso testualmente il caso dell'opposizione d'interessi tra coniugi,

ond'è che la giurisprudenza e la dottrina ebbero non raramente a proclamare la validità delle obbligazioni assunte, per la semplice ed evidente ragione che il magistrato, chiamato ad applicare la legge, non può correggerla creando eccezioni, siano pure giustissime, che in quella non si trovino scritte.

Venendo alla codificazione del 1865, dopo tanti progressi dello spirito umano, dopo che fu riconosciuta e ripetuta in tutte le forme la eguaglianza dei maschi e delle femmine, intellettuale e pratica, dopo i tentativi di ammettere le donne a partecipare della capacità politica, e dopo, in ultimo (per non deviare fuori ogni misura dalla presente pronunciazione giudiziaria) l'esempio del dritto germanico, che in ossequio alla dignità della donna pone il principio della compiuta emancipazione dall'autorità maritale, è molto agevole intendere i principii e le tendenze, che debbano prevalere nelle materie attinenti all'autorizzazione maritale. Coteste tendenze, eziandio nell'ordine giuridico, non possono essere sfavorevoli alla condizione della donna, tanto limitata per l'artificiale organizzazione della famiglia romana. Ed in conseguenza devesi pure ammettere che per l'attuazione pratica la procedura non debba essere improntata ad un rigore di forme, che farebbe contrasto con la maggiore libertà civile, cui la donna ha dritto.

Nel codice del 1865 si venne a transazione tra le opinioni estreme di rigore e di larghezza; e se radicali mutamenti non intervennero, la ragione sta tutta in un ordine d'idee affatto estrinseco, cioè nel difetto di poteri accordati al ministro, siccome ricavasi apertamente dalla relazione sul codice civile italiano presentata al Re dal Guardasigilli. Questi ebbe a constatare di essersi nella discussione parlamentare disputato, e con varietà di sentenze, intorno alla convenienza del mantenere o sopprimere l'autorizzazione maritale, ma soggiunse che una risoluzione radicale sarebbe stata impossibile pel motivo innanzi accennato. Prevalse nondimeno il concetto di restringere la serie dei casi e degli atti nei quali fosse richiesta la maritale antorizzazione, e così venne fuori l'art. 136 come è scritto nel cod. civ. Tutto questo ribadisce il concetto già esposto sulle tendenze dell'esterna manifestazione del dritto nella materia che ne occupa.

Atteso che le discussioni che precedettero la compilazione degli art. 136 cod. civ. 799 e seg. cod. pr. civ. ribadiscano la interpetrazione che si è fatta. Senza venire qui ripetendo quanto si è già detto, basterà notare che le parole dell'art. 136 « *Se prima il marito non fu sentito o citato a comparire* » sono la traduzione di quelle che leggevansi nell'art. 144 modificato e sostituito dall'art. 136, cioè che l'autorizzazione si avesse a concedere senza altra formalità, che la presentazione del ricorso della moglie notificato al marito « il quale possa farvi, se lo stima, le sue osservazioni ». La necessità della comparizione personale del marito rimane per tanto evidentemente esclusa dalla genesi storica del citato articolo.

E quanto agli art. 799 e seg., tenendo sott'occhio i rilievi finora fatti, si scorge assai di leggieri, come la soppressione dell'art. 800

del progetto, contro ogni interpetrazione letterale, razionale e storica, dai resistenti s'intenda nel senso che si vollero unificare le procedure, che nel progetto senatorio dei precedenti art. 144 e 145 erane distinti pel caso della contraddizione d'interessi e per quello del rifiuto. Quella soppressione può anche, e più logicamente spiegarsi nel senso opposto, cioè che sarebbe stata inutile la disposizione di quell'art. 800, quando per gli altri articoli compilati si otteneva il medesimo effetto, che era quello di far regolare l'autorizzazione per rifiuto dagli art. 799 e seg. e l'altra per opposizione d'interessi dalla regola generale degli art. 778 e seg. dello stesso cod. di procedura civ.

E per fare sosta nel cammino già abbastanza lungo, non sia superfluo il soffermarsi alle conseguenze della comparizione personale del marito in Camera di consiglio, nell'interesse della donna e della famiglia. Già si è veduto come l'obbligatoria citazione del marito sarebbe stata per la opposizione d'interessi un rigore non richiesto dai precedenti legislativi, e repugnante all'indole di un procedimento che lungi dal supporre un contraddittore ha per base l'accordo tra i coniugi, cointeressati nell'ottenere il medesimo provvedimento. Ma problematica assai è inoltre l'utilità pratica di simiglianti mezzi, perchè la legge avesse dovuto fare su di essi tanto assegnamento. Se devesi por mente a ciò che *plerumque accidit* non si cade in abbaglio affermando, che nella maggior parte dei casi gli interrogatorii dei mariti in Camera di consiglio lasciano il tempo che trovano. D'altronde se nel sistema che si combatte il marito può non intervenire, il risultamento finale, come fu bene osservato, sarebbe questo: che il marito senza annuire con la sua firma al ricorso della moglie, si farebbe sordo alla citazione, e le conseguenze sarebbero sempre le stesse, con maggiore sciupo di tempo e di spese.

Atteso che brevi parole voglionsi aggiungere sulla tesi subordinata della necessità dell'intervento del ministero pubblico nel caso in esame. Risoluto che per l'accordo tra i coniugi nel domandare l'autorizzazione per opposizione d'interessi si applichi la procedura comune a tutti gli affari da trattarsi in Camera di consiglio, la conseguenza di tali premesse è che, non trovandosi esplicitamente richiesto da alcuna disposizione di legge l'intervento del pubblico ministero nel caso dei coniugi che domandano insieme l'autorizzazione non si possa aggiungere cotal condizione alla validità dell'autorizzazione stessa. Gli art. 800 e 801, vuolsi ripetere, prescrivono l'intervento del ministero pubblico pel rifiuto all'autorizzazione, e non pure pel caso in disputa. Nè qui giova obbiettare che si tratti anche di dote; poscia che oramai tutti sappiamo, che non più *reipublicae interest dotes salvas* etc., giacchè la dote può essere anche alienata, se così fu convenuto, senza intervento di giudice. Ma anche quando la necessità o l'utilità sorge durante il matrimonio, e senza convenzione l'articolo 1405 cod. civ. non richiede l'intervento del pubblico ministero. Questo, per l'art. 346 dello stesso codice, è chiamato a dare le sue conclusioni nelle sole cause concernenti il matrimonio e la

separazione personale dei coniugi. E meno gioverebbe ricorrere alla protezione delle persone incapaci affidate sussidiariamente al ministero pubblico così dalla sua istituzione organica, come dal citato art. 346, che si ritiene generalmente applicabile alle materie di volontaria giurisdizione; conciosiacchè la donna non é *incapace*, ma impotente ad agire, pel bisogno, che si ha, di mantenere l'unitá nel governo domestico rappresentato dal marito. Del rimanente se le conclusioni e l'opera del ministero pubblico si ritengano in alcun caso opportuno ausilio per la verità e per la giustizia, la legge appresta il mezzo: o il ministero pubblico dichiara di voler essere inteso, o l'autorità giudiziaria ordina d' ufficio la comunicazione degli atti giusta gli art. 346 pr. civ. 1° del decreto 28 novembre 1875 e 140 della legge sull'ordinamento giudiziario.

Atteso che per chiudere la discussione non vuolsi trasandar di notare che se pure tutte le discorse cose non avessero, come hanno, un valore decisivo, ma tale almeno da mettere in gran dubbio la risoluzione della quistione, questa dovrebbe sempre essere risoluta per l'efficacia dell' obbligazione; sia perchè l' equità naturale stignatizza l' appropriazione della sostanza del mutuante, cui nulla può rimproverarsi per aver dato il suo danaro sulla fede di solenne autorizzazione del magistrato: sia perchè si farebbero ingiustamente risentire alle parti gli effetti degli errori procedurali dei giudici: sia infine perchè il rinnegare l' autorità di molti lustri di pratica giudiziale, equivale a rigettar l'opinione di tanti e tanti collegi giudiziarii, con grande pertubazione di gravi interessi, e con la conseguente paralisi dei relativi affari cagionata dalla incertezza delle garentie. La pratica e l'autorità del numero non furono disprezzate dall'imperatore in Roma, quando richiesto se dovesse prevalere l'opinione di Papiniano in confronto di quella uniformemente contraria degli altri, rispose: *ut singulos vincit, ita cedit duobus*. Non è già che debbansi rispettare le errate interpetrazioni della legge comunque consacrate dall'uso, ma nel dubbio è preferibile la interpetrazione che evita disastrose conseguenze.

P. q. m,

. . . .

Corte di Cassazione di Napoli — *31 dicembre 1896*

La Volpe *Pres. ff.* — Toraldo *Est.*

De Tonna (avv. Mininni) c. Trevisani (avv. Palombella e Opipari)

Cambiale in bianco — Elezione di domicilio per il pagamento — Facoltà del creditore (art. 1325 cod. civ.) — **Querela di falso incidente — Eccezione di lunga indagine — Non sospende l'esecuzione** (art. 323 cod. comm.).

a) *Quando un effetto cambiario viene rilasciato in bianco, il traente si rimette alla fiducia del creditore per tutte le clausole che costui introduca nell'ef-*

fetto medesimo, meno per quelle che richieggono un fatto personale del traente stesso, come la elezione di domicilio diverso da quello del domicilio reale. Quindi il creditore può indicare il luogo del pagamento dello effetto rilasciatogli in bianco, ma non il domicilio del traente (1).

b) *La querela di falso incidente, essendo una eccezione di lunga e difficile indagine, non sospende l'esecuzione della cambiale, però il magistrato può sottoporre il creditore quando lo creda opportuno, a una cauzione.*

Rosa Trevisani-Sicilia il 1° ottobre 1887 rilasciò in favore di Domenico de Tonna una cambiale in bianco per lire 1080 pagabile a tre mesi data. Tonna il 1° Luglio 1892 protestò codesto effetto nel quale si legge, a me medesima in Bari presso i fratelli Giannini di Angelo Bari » onde il protesto fu notificato nel domicilio dei signori Giannini.

Con atto del 17 aprile 1893 il signor Tonna citò in Trani suo domicilio reale, la debitrire Trevisani-Sicilia per comparire davanti il Pretore di Bari e per essere condannata al pagamento delle dette lire 1080.

In contumacia il Pretore accolse codesta domanda, la Trevisani-Sicilia propose opposizione che fu respinta. Avverso quest'altra sentenza produsse appello sostenendo la carenza dell'azione cambiaria in Tonna per non avere elevato il protesto due giorni dopo la scadenza dell'effetto, e la perdita di ogni dritto in virtù della prescrizione quinquennale; prescrizione che non era rimasta interrotta dal protesto del primo Luglio 1892, notificato nel domicilio dei fratelli Giannini, ove ella non avea giammai eletto il proprio domicilio: soggiunse che avea già impugnata di falso incidente civile la clausola che si legge nella cambiale relativa al luogo del pagamento e concluse chiedendo in linea subordinata la sospensione del giudizio pendente la istruzione pel falso.

Il Tribunale con la denunziata sentenza del 30 giugno 1894, considerò che nella specie non trattavasi di una cambiale domiciliata, ma di un effetto contenente elezione di domicilio pel pagamento; che pertanto non ricorreva la disposizione, la quale per le cambiali domiciliate prescrive doversi eseguire il protesto nei due giorni posteriori alla scadenza; che, ove realmente fosse falsa la clausola inserita nella cambiale del 1887, il protesto del 1892 non potrebbe aver virtù d'interrompere la prescrizione quinquennale che trovavasi compiuta quando il 17 aprile 1893 fu iniziato il giudizio e che pertanto occorreva sospendere ogni provvedimento sino all'esito del giudizio di falso civile proposto dall'appellante avverso la detta clausola. Sospeso quindi di provvedere sull'appello della Trevisani-Sicilia, sotto condizione però della cauzione di lire 1500 da prestarsi nei modi di legge da essa appellante.

Avverso codesta sentenza il signor Tonna ricorre per due mezzi che si riassumono in quest' unico concetto, vale a dire che il Tri-

---

(1) In senso contrario stessa Cassazione 4 luglio 1891 (*Mov. Giur.* 1891, 63.)

bunale doveva dichiarare inutile e frustraneo il giudizio di falso, tostochè le parti erano di accordo che la cambiale era stata rilasciata in bianco, la quale cosa importava che la traente erasi rimessa alla fiducia di esso ricorrente, il quale non aveva commesso falsità alcuna indicando nell'effetto il luogo del pagamento e non la elezione di domicilio della traente medesima. In ogni caso venne violato l'articolo 324 del Codice di commercio, poichè trattandosi di eccezione di lunga indagine dovevasi rimandare la discussione in prosecuzione del giudizio ed intanto rigettare l'appello della Trevisani e costringerla al pagamento della richiesta somma di lire 1080.

Che le due censure mosse dal ricorrente contro la sentenza denunziata sono fondate.

Lo è la prima poichè è massima ricevuta che qualora un effetto viene rilasciato in bianco il traente si rimette alla fiducia del creditore per tutte le clausole che costui introduca nell'effetto medesimo, meno per quelle che richieggono un fatto personale del traente stesso, come la elezione di domicilio diverso da quello del domicilio reale. Ora nella specie codesto appunto si è verificato, essendo le parti di accordo che la cambiale era stata rilasciata in bianco e che con la clausola impugnata di falso Tonna non aveva se non indicato il luogo del pagamento dell'effetto in parola e non il domicilio della traente. Il Tribunale quindi avrebbe dovuto comprendere che l'attacco di falso non aveva fondamento alcuno e mirava soltanto a procrastinare la lite, in onta ai principii che regolano l'azione cambiaria.

È fondata la seconda censura, poichè l'art. 324 del Codice di Commercio nel suo aliena stabilisce che quando le eccezioni personali proposte dal debitore contro l'effetto cambiario sieno di lunga indagine, la discussione n'è rimandata in prosecuzione del giudizio e intanto ha luogo la esecuzione o la condanna al pagamento con o senza cauzione secondo l'apprezzamento del giudice. Ora non è chi non vegga che la querela di falso incidente civile proposto dalla signora Trevisani-Sicilia avverso la clausola contenuta nell'effetto cambiario di cui il ricorrente chiedeva il pagamento, importava una lunga e difficile indagine, per modo che, il Tribunale, quando avesse creduto utile ed ammissibile il procedimento di falso, avrebbe dovuto, rigettando l'appello della Trevisani-Sicilia, rendere possibile la esecuzione della sentenza appellata e con ciò il pagamento della cambiale sottoponendo, ove l'avesse creduto opportuno il signor Tonna, a una cauzione.

Invece i giudici di merito male interpetrando l'altro artic. 875 del codice, paralizzarono nei suoi effetti l'azione cambiaria asserita dal ricorrente e quasi convinti del loro errore sottoposero, cosa strana a dirsi, la Trevisani alla cauzione di lire 1500.

Che per l'uno e per l'altro motivo quindi la denunciata sentenza devesi annullare ordinando la restituzione in favore del ricorrente del fatto deposito, rimandando ai nuovi giudici i provvedimenti sulle spese.

CORTE DI CASSAZIONE DI NAPOLI — *31 dicembre 1896*

CIAMPA *P. P.* — ANTONUCCI *Est.*

Municipio di S. Pietro a Paticrno (avv. Pallotta) c.º Iodice (avv. Sbordone)

Riunione di cause — Domanda — Magistrato — Facoltà — Perenzione — Istanza — Appello — Sospensione — Giudicato — Contraddizione (art. 229 Reg. Giud. 341 e seg. C. P. C.).

a) *Non è prescritto a pena di nullità la domanda formale della parte per la riunione di più cause: ma basta a determinarla una medesima comparsa conclusionale e può ancora il magistrato ordinarla di ufficio per la connessione obbiettiva della lite.*

b) *Il termine per la perenziane dell'istanza resta sospeso quando pende appello prodotto contro una sentenza ancorchè munita di clausola provvisionale appunto perchè il gravame sospende in ogni caso l' efficacia di sentenza profferita in prima istanza.*

c) *È contraddittoria la sentenza che rifiuta una domanda riconvenzionale per difetto di capacità nel proponente e ne ammette le eccezioni contro l' istanza principale.*

Ritenuto in fatto che, con atti del 9 agosto e 3 settembre 1892, Giuseppe Jodice conveniva in giudizio il Comune di S. Pietro a Patierno perchè fosse condannato al pagamento dei lavori da lui eseguiti per la costruzione di un marciapiedi in Via Campo di Marte. Il Municipio convenuto, mentre si oppose alla domanda, chiese in linea riconvenzionale la risoluzione del contratto di appalto, la penale pattuita e l'autorizzazione a proseguire i lavori in danno di esso Jodice. Il Tribunale, con sentenza dei 26 dicembre 1892, ritenendo che il Comune non era stato legalmente autorizzato a stare in giudizio, accordò al medesimo il termine di giorni 60 perchè si fosse provveduto di una tale autorizzazione munendo la sentenza di clausola provvisionale. Contro di questa sentenza il Comune, con atto del 20 marzo 1893, produsse appello sostenendo che nella specie non verificavasi la ipotesi prevista dall'art. 173 della Legge Comunale e Provinciale.

Questo appello non fu intanto portato all'udienza, ed invece con atto dei 27 febbraio 1895 il signor Jodice riproduceva il giudizio innanzi al Tribunale per la spiega delle provvidenze riserbate assumendo di avere, nelle more del giudizio, completati i lavori del cui importo chiedeva di essere soddisfatto.

A sua volta il Comune, con atto dell'8 marzo detto anno, fissava la discussione del suo gravame in Corte di appello, e difendendosi poi innanzi al Tribunale su la istanza del Jodice chiese preliminarmente che venisse dichiarata la perenzione del giudizio. Ma il Tribunale dichiarò allo stato non trovar luogo a deliberare, restando alla sua pronuncia la sentenza del 28 dicembre 1892. Contro questa sentenza produsse appello il Jodice sostenendo che il Tribunale do-

veva decidere in merito e poichè trattavasi di materia commerciale l'appello del Comune 20 marzo 1893 era perento. Vennero all'udienza della Corte entrambi gli appelli, il Municipio sostenne non potersi dar luogo a riunione di ruoli, ove fosse chiesta; propose poi appello incidente contro la seconda sentenza del Tribunale per non essersi accolta la eccezione di perenzione. La Corte riunì i due appelli e, senz'attendere alla perenzione dell'istanza, dichiarò perento lo appello del 26 marzo 1893, e provvedendo sull'altro proposto dal Jodice, dichiarò non trovar luogo a deliberare su la riconvenzionale del Municipio, disponendo nel merito una perizia per la constatazione dei lavori e per definirne l'importo.

Ricorreva per Cassazione il Comune proponendo i seguenti mezzi di annullamento:

1.° La Corte violava l'art. 229 del Regolamento giudiziario, che per dar luogo alla riunione di più cause, richiede la domanda di uno dei litiganti. Nella specie questa domanda non fu fatta dal Jodice, ed il Comune solo in previsione che si fosse inoltrata vi si oppose.

2.° Erroneamente il Tribunale non accolse la eccezione di perenzione dell'intiero giudizio, giacchè la pendenza dell'appello poteva essere di ostacolo a tale perenzione quando fosse stato il medesimo ritenuto in vita. Ma una volta dichiarato perento dalla Corte era tolto l'ostacolo e tutta la procedura rimaneva perenta.

3.° Infine la Corte violò la cosa giudicata consistente nella sentenza del 28 dicembre 1892 che accordò un termine al Comune per provvedersi di autorizzazione. Quale sentenza fu riconosciuta dalla Corte come cosa giudicata; ed in questo caso non poteva la Corte stessa procedere in merito per la contestazione sè prima non fosse completata la capacità giuridica dell'ente Comune.

Attesochè il ricorrente Comune deduce la violazione dell'articolo 229 del Regolamento Giudiziario per avere la Corte riuniti i due appelli senza la domanda delle parti. Ma è innanzi tutto da osservare che se, nella specie, non vi fu da parte del signor Jodice una formale domanda, volle egli certamente la riunione delle due cause quando ne provocò la discussione per la medesima udienza a relazione dello stesso consigliere Guerritore, e quando con la sua seconda comparsa conclusionale non intese che far seguito alla prima, e con quella aggiunta riepilogava le deduzioni e conclusioni per l'una e l'altra causa.

Che a prescindere da ciò, se il detto articolo del Regolamento accenna alla domanda di una delle parti non può certamente ritenersi che sia una tale domanda prescritta a pena di nullità da essere vietato al magistrato di merito di ordinare la riunione di due cause quando ragioni di convenienza e di economia di giudizii ciò suggeriscono, massime poi come nel riscontro, nel caso di due appelli avverso di sentenze emesse nella medesima lite e tra le stesse parti, in modo che la loro connessione si rendeva manifesta.

Attesochè non è a mettersi in dubbio che, in pendenza del giu-

dizio in appello non può parlarsi di perenzione degli atti di prima istanza, giacchè se prima non si discuta, o non si perima, l'interposto gravame, non può darsi luogo alla perenzione, una volta che il giudizio di prima istanza è rimasto in sospeso sino all'esito del gravame. Ed in ciò par che convenga lo stesso Municipio ricorrente avendo sostenuto col secondo mezzo del suo ricorso, che la pendenza dell' appello da lui proposto, allora soltanto poteva essere di ostacolo alla perenzione della istanza quante volte esso pel primo fosse stato in vita; ma quando fu dalla Corte dichiarato perento veniva meno l' ostacolo, e quindi era inevitabile la perenzione di tutto il procedimento. Non è però esatta questa conseguenza che ne trae, sopprimendo addirittura l' appello, che fa decorrere il termine della perenzione dall' ultimo atto di prima istanza, nel mentre fu giustamente osservato dalla Corte, che sino a quando il detto appello non venne colpito dalla perenzione, sino a circa 18 mesi della sua data, non poteva verificarsi la perenzione della istanza. Ed infatti fino a quel giorno l'appello era pendente, e quindi l'attore che ne attendeva la discussione, non era obbligato a continuare la procedura di prima istanza anche perchè la sentenza del Tribunale poteva venire modicata dalla Corte.

Il fatto postumo della perenzione dello appello non può spiegare influenza su la procedura di prima istanza se non dal giorno dell' avvenuta perenzione, non avendo effetto retroattivo.

Attesochè non varrebbe opporre che, essendo la sentenza del Tribunale munita di clausola provvisionale, poteva il signor Jodice continuare il giudizio di prima istanza senza che in ciò venisse ostacolato dalla pendenza dell' appello. Imperocchè se il signor Jodice era facultato a continuare il giudizio di prima istanza non può certamente ritenersi che fosse obbligato a farlo, quando, per effetto dell' appello pendente, poteva la sentenza impugnata venir rivocata o modificata dalla Corte.

Il che importa che la pendenza del giudizio costituiva sempre per lui un ostacolo ad agire e non può addebitarglisi quella negligenza su cui è principalmente fondato l'istituto della perenzione.

Attesochè, avendo la Corte di merito dichiarato perento lo appello del 20 marzo 1893 doveva ritenere come di dritto passato in cosa giudicata la sentenza del 26 dicembre 1892 contro della quale fu diretto, e di ciò la Corte medesima non ebbe a dubitare. Senonchè non ne trasse tutte quelle legittime conseguenze che ne derivavano. Ecco infatti in quali termini si espresse: « Essendo dunque « viva l' istanza del Jodice non era neanche paralizzata dal giudi- « cato racchiuso nella sentenza del 28 dicembre 1892, imperocchè, « quando pure si fosse assegnato al Comune come attore in ri- « convenzione o convenuto sulla principale un termine non impro- « rogabile era sempre tenuto ad uniformarsi all' ordine quivi indi- « cato massime che erano trascorsi non solo i 60 giorni, ma pa- « recchi mesi ed il Comune rimase inerte ». E quindi ritenendo che non vi era impedimento di sorta a provvedere sull' istanza del

Jodice, e posto mente all'impugnativa del Comune, ordinò, come sopra, la perizia dichiarando non trovar luogo a deliberare su la riconvenzionale del Comune.

Attesochè tutto ciò non è esatto ed a buon dritto si denuncia la violazione della cosa giudicata con manifesta contraddizione negli stessi provvedimenti che furono emessi. Ed invero la Corte, pur riconoscendo il giudicato anzidetto, ritenne che trattandosi di termini comunque non improrogabili, non poteva il Comune pretenderne un altro, per essere rimasto per tanto tempo inerte, per tal ragione dichiarò non trovar luogo a deliberare sulla riconvenzionale, il che equivale a rigetto. Provvide intanto su l'istanza del Jodice, tenendo conto però dell'impugnativa del Comune per cui ordinò la perizia. Or dal giudicato del 1892 si rileva che fu l'autorizzazione al Comune ritenuta necessaria non solo per la sua domanda riconvenzionale, ma anche per resistere alla istanza contro di lui proposta, epperò quando la Corte, per la sua inerzia, non credè opportuno accordargli altro termine, doveva per logica conseguenza ritenere che il Comune, anche in riguardo alla istanza del Jodice, non avesse la sua capacità giuridica e quindi non poteva essere ascoltato nemmeno nella sua impugnativa contro la istanza anzidetta. La Corte invece non volle attendere alla sua domanda riconvenzionale per essere il Comune sfornito di capacità giuridica, e provvide intanto su le sue deduzioni ordinando la perizia.

Il che rende manifesta la denunciata contraddizione, e deve per conseguenza annullarsi per questa parte la impugnata sentenza.

La Corte ecc.

. . . .

Corte di Cassazione di Napoli — *26 gennaio 1897*

Ciampa *Pres.* — Salvati *Est.*

Vivanti (avv. Parlati) c. Figurati (avv. Salese)

Cassazione — Ricorso avverso sentenza resa dalla Corte di Appello in giudizio di delibazione — Ammissibilità (art. 517 p. c.)—**Violazione di legge straniera—Cassazione** (rt. 941 p. c.).

a) *È ammissibile il ricorso per Cassazione contro sentenza della Corte di Appello p onunziata in giudizio di delibazione* (1).

b) *Può in Cassazione denunziarsi la violazione delle leggi straniere.*

A) Attesochè vuolsi la inammissibilità del ricorso dal perchè trattasi di sentenza pronunziata dalla Corte di appello in giudizio di delibazione, ma non in grado di appello, e per lo articolo 517 della

---

(1) Nello stesso senso Gargiulo, Proc. Civ. art. 941, § XL; Ricci Proc. Civ. II, n° 467 e III n° 618. — Cass. Napoli, 6 dicembre 1866, 5 settembre 1869, 15 gennaio 1892, della quale fu relatore lo stesso cons. Salvati (*Mor. Giurid:* 1893, pag. 73).

procedura sieno impugnabili col ricorso le sentenze profferite in grado di appello. Codesta inammissibilità non regge imperocchè è un interpetrar la legge troppo materialmente e platealmente. La legge nel titolo V si occupa dei mezzi di impugnare i pronunziati del magistrato che distingue in ordinarii, cioè opposizioni ed appellazioni, e straordinarii tra cui il ricorso in Cassazione, e proclama il principio che non possa farsi luogo al rimedio straordinario se prima non sieno esaminati i rimedii ordinarii dell'appellazione e dell'opposizione, ecco perchè è detto le sentenze in grado di appello. Ma quando è che lo appello non compete, perchè la legge non concede il doppio grado di giurisdizione, non vuol dire perciò che non compete il ricorso, conciossiachè sarebbe illogico accordare il rimedio straordinario della Cassazione, quando che si fossero sperimentati due gradi di giurisdizione, e negarli quando non ne sia dato che uno. E si noti che nell'art. 491 si usa la stessa locuzione di sentenze pronunziate in grado di appello avverso le quali la legge accorda il rimedio della rivocazione nei casi di dolo di una delle parti a danno dell'altro, di documenti riconosciuti posteriormente falsi e via discorrendo. Ebbene chi dica non competere la rivocazione sol perchè sieno sentenze profferite in unica istanza restando così sanzionato il dolo ed il falso?

B) Attesochè la Corte di merito negò la esecutorietà ad una sentenza contumaciale pronunziata dal Tribunale di Marsiglia a motivo che per lo art. 73 della Procedura Francese il termine a comparire sarebbe di mesi due, invece la Ditta Jacques Vivanti ne accordò al Figuratti soli giorni 33. Imperò questo art. 73 della procedura francese fu modificata dalla legge 3 maggio 1862 pubblicata nel bollettino uffiziale delle leggi Francesi al N. 10228. Ed è la violazione di questa legge che si denunzia dal Jacques Vivanti al Collegio Supremo.

Attesocchè si fa sorgere il dubbio se possa denunziarsi al Supremo Collegio la violazione di una legge straniera quandochè lo istituto della Cassazione ha la essenziale finalità della guarentigia a tutela delle leggi del Regno, e sol quando sieno violate le leggi del Regno potrà annullare i pronunziati delle autorità giudiziarie. La legge straniera comunque applicata dai Tribunali del Regno non è applicata che come un titolo un documento, e la interpetrazione della medesima comunque contenga una violazione della medesima, non può mai considerarsi nei fini della Cassazione come una violazione di legge, ma come una interpetrazione di atto o contratto, dappoichè quella legge non ha imperio nel regno pel principio della non extraterritorialità delle leggi per difetto di sovranità di uno stato sul territorio di un altro stato.

Attesochè indubbiamente il Codice civile italiano nelle disposizioni attenenti al dritto privato internazionale ha precorso la civiltà dei tempi iscrivendo principii altamente progressivi e liberali come ebbe a dire il Guardasigilli nella sua relazione al Re. Ed è perciò che in essa in più riscontri sancisce che si applicano allo straniero

le leggi del suo paese, così come nelle quistioni attenenti allo statuto personale.

E per non divagare in casi diversi, si osserva che l'art. 941 prescrive che nel giudizio di delibazione occorre esaminare se la sentenza sia stata pronunziata regolarmente citate le parti ecc. come potrà ciò praticarsi senza tener presenti e applicare le leggi giurisdizionali del paese che pronunziò la sentenza, e le leggi di procedura sulle citazioni e sulle contumacie?

Che se le leggi del luogo in cui è seguito il giudizio per la competenza o per la forma del procedimento son da esaminarsi ed applicarsi queste leggi violandosi dal magistrato del merito che deve applicarle, si viola nel contempo la legge nostrana che comanda quelle leggi sieno applicate e tenute a norma, e ciò come leggi non mai come un atto, un contratto. E se avvi violazione di quelle leggi delle quali la potestà imperante prescrive la esecuzione nel regno, bene havvi il motivo di Cassazione.

Attesochè con ciò non viola il principio della non extraterritorialità delle leggi, imperocchè non è la potestà imperante straniera che le rende obbligatorie nel regno, ma la potestà imperante del nostro regno che quelle leggi nazionalizza e rende nel territorio del regno applicabili.

Epperò se il giudice del merito violò la legge francese quanto al termine per comparire in giudizio, violò l'art. 941 che quelle leggi dispone doversi applicare nel giudizio di delibazione.

La Corte annulla l'impugnata sentenza.

....

CORTE DI CASSAZIONE DI FIRENZE — *30 Novembre 1896*

CESARINI *P. P.* — CIANCI SANSEVERINO *Est.*

De Gori (avv. Modigliano) c.° Pertusio (avv. Piccini)

Sequestro conservativo — Sequestro giudiziario — Norme comuni — Presidente — Nomina — Consegnatario — Omissione — Titoli al portatore — Smarriti o rubati — Rivendicazione (art. 921, 923, 742, 749 C. P. C. 687, 1875 C. C. 54 cod. di com:).

a) *Pel sequestro giudiziario chiesto ai termini dello art. 921 P. C. da non confondersi con i casi dell'art. 1875 cod. civ. possono applicarsi le forme stabilite per il sequestro conservativo, specialmente il giudizio di conferma o di revoca del sequestro.*

b) *La nomina del sequestratario fatta dal presidente nel sequestro giudiziario ha il carattere di provvisorietà mentre il vero sequestratario è nominato nel giudizio di conferma.*

c) *Non è nullo il sequestro se il Presidente nel concederlo omise l'indicazione del sequestratario potendosi a ciò supplire dall'usciere procedente.*

d) *Anche fuori i casi di smarrimento o furto possono i titoli al portatore essere sequestrati quando sia palese la frode ed appare violato il deposito.*

Ritenuto che il tribunale di Firenze, con sentenza dei 9-20 luglio 1895, pronunciando sulla istanza del cav. Pretusio, dichiarò valido e continuativo il sequestro giudiziario eseguito per decreto del Presidente contro la contessa de Gori, moglie dell'attore, il quale già aveva iniziato il giudizio di separazione *quoad thorum*. In conseguenza dichiarò proprietà esclusiva del cav. Pertusio gli oggetti sequestrati, meno quelli, di cui, a tenore dei verbali, la contessa affermò d'essere proprietaria, e per accertare a chi appartenessero, ammise la prova testimôniale sugli articoli proposti dall'attore salvo la prova contraria.

Ordinò inoltre al sequestratario Pietro Lobis di consegnare al cav. Pertusio tutti i mobili sequestrati, affinchè potesse detenerli, a titolo di proprietà, ad eccezione di quelli contestati, che gli si consegnarono come custode surrogato al Lobis sino alla definizione del merito. Dispose infine che la Banca d'Italia, sede di Firenze, consegnasse eziandio all'attore le 44 cartelle fondiarie e 25 azioni ferroviarie, di cui il Direttore dichiarò con lettera essere depositario in nome della de Gori.

Ritenuto che contro tale sentenza interpose appello la signora de Gori e la Corte ritenne che il sequestro giudiziario fu bene ordinato e bene eseguito, se non che, accogliendo in parte il gravame per quanto avea relazione ai valori, e solo in ciò riformando l'appellata sentenza, ammise la prova testimoniale, chiesta dall'attore e rinviò la causa ai primi giudici, per gli ulteriori provvedimenti, a norma di legge.

Considerando che la contessa de Gori si duole di questa pronuncia di 2.° grado, e chiede al Supremo Collegio l'annullamento per 4 motivi.

Col 1.° eccepisce la violazione dell'art. 1877 c. c. 922, 923 del cod. proc. civ. e falsa applicazione degli articoli 932 e 56 dello stesso codice poichè a norma di tali disposizioni il cav. Pertusio doveva far rassegnare al sequestratario Lobis, nominato dal Presidente, i valori esistenti presso la Banca, e non farli ivi rimanere, sicchè la Corte ragionando in diversa guisa, confuse il sequestro giudiziario col sequestro conservativo.

Considerando su questo 1.° motivo che, quantunque non pochi sostengano, che il primo, come istituto giuridico affatto diverso dal secondo, abbia norme assolutamente proprie, pure questo Supremo Collegio ha più volte deciso, che al sequestro giudiziario, chiesto ai termini dell'art. 921 del c. p. c. da non confondersi con i casi dell'art. 1875 del c. c. possono applicarsi le forme rituali e di competenza ordinate dalla legge per il sequestro conservativo. Ambo i provvedimenti sono intesi obbiettivamente a conservare i dritti del richiedente; e solo differiscono fra loro, in quanto che al 1.° si procede in virtù di un *jus in re* ed al 2.° per un' azione personale e

creditoria, *solutionis causa.* Insomma le ragioni prevalenti, onde le norme del conservativo ben si attagliano all'indole dell'altro sequestro, si rinvengono nel pericolo imminente dell'alterazione e sottrazione della cosa. Donde segue, a filo di logica, che tranne i casi dell'art. 1875 C. C. in cui l'applicabilità della misura preventiva è discussa in via d'incidente dinanzi al tribunale, ed eccettuata qualche disposizione propria e speciale del sequestro conservativo, gli art. 921 a 923 C. P. C. che determinarono il sequestro in esame debbono necessariamente essere intesi e contemperati con gli articoli della sezione successiva, anche in riguardo al giudizio di conferma, revoca del sequestro stesso, senza di che verrebbero meno i sapienti fini della legge ed i provvedimenti dell'autorità chiamate ad attuarli *ea accipienda est significatio, quae vitio careat, praesertim cum etiam voluntas legis ex hoc collegi potest* (L. 19, D. de legibus). Posto ciò, siccome il Presidente del tribunale estese il sequestro anche ai valori, che la contessa de Gori aveva depositati *proprio nomine* alla Banca, così la Corte non violò alcuna disposizione di legge, se nella incertezza dei risultamenti della prova, ordinata circa la pertinenza dei valori stessi, ritenne che fossero meglio custoditi presso il maggiore Istituto di credito del regno, anzicchè presso il tappezziere Lobis. Valga sul proposito l'avviso di solenni scrittori, che la nomina del sequestratario fatta dal Presidente, nel sequestro giudiziario ha un carattere puramente provvisorio, perchè il vero sequestratario è nominato nel giudizio di conferma.

Aggiungasi che, essendosi autorizzato il sequestro, *alia parte inaudita,* cade anche per questo verso la censura di essersi violato l'accordo delle parti, che non risulta da verun atto della causa. Difatti il decreto presidenziale ordinò il sequestro delle cartelle presso il Direttore della Banca senza dire espressamente, che ne cessasse il deposito; onde non era vietato ai giudici di 1° e 2° grado, che riassumevano i poteri del Presidente, il convalidare le modalità con cui fu eseguito il dato provvedimento; cui *juris dictio data est, ea quoque omnia concessa videntur sin quibus jurisdictio explicari non potest.*

Considerando che queste ragioni crescono d'importanza se pongasi mente, che l'art. 923, di cui si lamenta la violazione, parla di consegna al sequestratario, *in quanto sieno applicabili gli art. 742 e 749 del cod. proc. civ.*, per il rilascio de' beni mobili o immobili; onde il criterio della Corte tanto più è insindacabile sull'applicabilità o meno di questi articoli al caso concreto, in quanto che da un lato il ricorso e relativo decreto di sequestro furono notificati al Direttore della Banca; e ciò bastava a raggiungere il fine della legge, dall'altro, nè le parti, nè il sequestratario Lobis chiesero all'usciere procedente, che i valori uscissero dalle casse forti dello Stabilimento di Credito, cui sono affidati. Tutto questo concorre a far ritenere che in quanto alle cartelle per lo meno era dubbiosa la nomina del sequestratario; ed ormai la dottrina ammette che laddove il Presidente trascuri di nominarlo, non sia da annullarsi il sequestro, se

l'usciere vi abbia supplito, ispirandosi ai principii generali della esecuzione. Infine alla denunciata sentenza corrispondono per analogia, giusta l'art. 3 capoverso delle preleggi al cod. civ., circa il sequestro di titoli al portatore, le disposizioni del Regolamento del 29 ottobre 1870, sul Debito Pubblico, come pure le disposizioni del Regolamento 3 ottobre 1873 N.° 1603 sui Vaglia, e della Legge 27 maggio 1875 N. 2379 (scriz. 2ª) e Regolamento 9 dicembre 1875, per le somme sulle casse postali. E tampoco regge l'appunto di non essersi notificata al Direttore dell'Istituto di credito la citazione per la convalida del sequestro; giacchè, non essendosi proposta e discussa tale eccezione, dinanzi alla Corte di Appello, non può esaminarsi per la prima volta in sede suprema. Da qualunque lato adunque si guardi il primo motivo del ricorso, non merita accoglimento.

Considerando che col 2° la ricorrente si duole che la denunciata sentenza abbia violato l'art. 687 cod. civ.; giacchè ella aveva invocata la presunzione legale ivi stabilita, ed il sequestrante, trattandosi di titoli al portatore, non aveva fatto la prova contraria. Anche questo lamento è infondato; poichè la Corte sul proposito si convinse che i documenti esibiti racchiudevano un principio di prova scritta sul fatto, che le cartelle fondiarie e ferroviarie si possedevano dalla contessa de Gori, onde non era a lei applicabile quell'articolo. Egli è vero bensì che, in riguardo ai titoli al portatore, alcuni sostengono che non sieno sequestrabili, giacchè, l'art. 57 del cod. com. non ne ammette la rivendicazione, che nei casi di smarrimento e di furto presso a lui soltanto, che li ha trovati o rubati; ma questo Supremo Collegio accoglie invece la opinione più ragionevole che il legislatore non ha inteso limitare quella eccezione a due soli casi e che la sequestrabilità si estende ad ogni altro caso, in cui entri l'elemento della fraude e massime la violazione del deposito, come nell'atto in disputa. Anche il 2° motivo del ricorso adunque sembra destituito di ragione.

P. Q. M.

. . . .

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA (Sez. Unite) — *12 gennaio 1897*

GHIGLIERI P. P. — MOSCA *Est.*

Consorzio di manutenzione delle opere di bonifica del 1° Circondario di Ferrara (avv. Chimirri, Baldini, Mascoli) contro la Società in liquidazione per la bonifica dei Terreni Ferraresi (avv. Zanardelli, Villa, Anselmi).

Autorità giudiziaria — Consorzio — Manutenzione — Azione — Privati—Competenza — Giudicato Amministrativo — Domanda di compenso — Ostacolo — *Actio de in rem verso* **— (Art. 2 L. 20 marzo 1865 all.** ***E*** **108 L. LL. PP.)**

È di competenza dell'autorità giudiziaria la dimanda proposta contro un consorzio di manutenzione, la quale abbia per obbietto di chiedere un compenso in rapporto all'arricchimento arrecato ai possidenti con l vori di bonifica.

Il giudicato nascente da provvedimenti dell'autorità amministrativa, con cui sia stata respinta la domanda per la formazione di un consorzio fra gli interessati all'oggetto di concorrere alle spese della opera di bonifica, non è di ostacolo alla domanda dinanzi l'autorità giudiziaria, diretta a chiedere un compenso circa l'arricchimento arrecato ai possidenti dalla bonifica compiuta con opere fatte a spese e rischio della Società assuntrice dei lavori.

Viola le leggi di organizzazione di un consorzio di manutenzione quel pronunziato giudiziario che ritenga esperibile contro lo stesso, anzichè contro i singoli possidenti, l'azione de in rem verso *per opera di bonifica sui fondi consorziati.*

Considerato in diritto che il consorzio davanti la Corte di Appello di Bologna sostenne che, all'azione proposta in giudizio dalla Società delle Bonifiche del Ferrarese, ostavano tre perentorie eccezioni, cioè, la incompetenza dell'autorità giudiziaria, la regiudicata nascente dalle pronunzie amministrative e la improponibilità di un'azione nei rapporti di un consorzio di manutenzione. Respinte cotali ecccezioni dalla Corte di merito, il consorzio stesso le viene riproponendo col primo motivo del suo ricorso.

Che, compendiandosi cotesto motivo in tre distinte eccezioni, è opportuno disaminarle partitamente. E tale esame dovrà farsi dalle Sezioni Unite, imperocchè alla eccezione d'incompetenza sono strettamente connesse le altre due sulla regiudicata e sulla improponibilità dell'azione.

Che, in quanto alla dedotta incompetenza dell'autorità giudiziaria, si dice che questa astringendo il consorzio di manutenzione ad assumere le spese d'impianto della bonifica verrebbe a modificare la cerchia del consorzio stesso, attribuzione questa dell'autorità amministrativa.

Che, a vagliare la sussistenza o meno del motivo, su cui si vien fondando l'eccezione anzidetta, sia opportuno qui rilevare quale sia l'azione proposta e quale il suo fondamento ed obbiettivo.

Messo fuori del mondo giuridico della causa, pel giudicato costituitosi sul rigetto, il primo e secondo capo della domanda della Società, non rimase che il solo terzo capo, su cui oggi si fonda la contestazione attuale.

Con lo stesso la Società medesima domandò la condanna del consorzio di manutenzione, o dei singoli proprietarii convenuti, in proprio, all'ammontare della plusvalenza e dei maggiori effettivi vantaggi, che i beni ascritti ed appartenenti al consorzio vennero ad ottenere dalle opere fatte dalla Società in dipendenza della legge del 1875. In altri termini la Società si fece a sperimentare l'*actio in rem verso*, oggetto della quale era un compenso, in relazione al lucro da lei arrecato ai possidenti con la bonifica compiuta a tutte sue esclusive spese, e cotesta azione venne basando sul principio del dritto comune «*nemo locupletari debet cum alterius jactura*». E questa è unicamente la domanda che forma il soggetto dell'attuale contestazione.

Che codesti accenni premessi sull' indole giuridica e sul fondamento della domanda, sorge opportuna una prima osservazione ed è questa: che, della proposta eccezione d'incompetenza, si può discutere sol perchè piacque alla Corte di merito di ritenere esperibili le proposte dimande del consorzio di manutenzione e non già contro i singoli possidenti, perocchè solo in questo caso si può sostenere, e qui a poco a poco si vedrà con quanto fondamento, che con la domanda proposta si viene a modificare la cerchia del consorzio stesso. Se invece la domanda che era proposta in forma alternativa, di condannare o il consorzio o i singoli convenuti in proprio, fosse stata accolta contro costoro, come avrebbe dovuto fare la Corte, per quello che in seguito sarà detto, in tal caso viene a mancare di fondamento l'eccezione proposta, poichè sfuma il pretesto di volersi modificare la cerchia del consorzio. Ma anche, volendo esaminare la quistione nei rapporti del consorzio di manutenzione, neppure sussiste la dedotta incompetenza dell' autorità giudiziaria, poichè è inesatto che con la domanda proposta si voglia modificare la cerchia del consorzio.

Tale modificazione potrebbe avvenire o per domanda espressa, quando si fosse chiesta la costituzione od almeno la modificazione di quello già esistente, o per domanda implicita quando da un consorzio di manutenzione si pretendessero le spese d' impianto. Ma quando invece la Società si limita a chiedere esclusivamente un compenso in relazione allo arricchimento da lei arrecato ai possidenti con la bonifica, in tal caso si potrà unicamente discutere se tale compenso sia dovuto dal Consorzio di manutenzione oppure dai singoli possidenti, ma la competenza sarà sempre dell' autorità giudiziaria. E cotesta competenza s' impone dall' indole giuridica dell' azione proposta imperocchè se la Società proponendo *l' actio de in rem verso*, esperiva un vero e proprio suo diritto civile basato sopra il principio di ragione privata dal *nemo locupletari debet cum alterius jactura*, la quistione viene scolpitamente assoluta dall' art. 2.° della legge 20 marzo 1865 all. E, in cui è detto di essere devoluto all'autorità giudiziaria conoscere delle materie in cui si faccia quistione di un dritto civile o politico.

Adunque non è fondata in dritto la eccezione d' incompetenza.

Che le cose fin qui dette sull'indole e fondamento giuridico della domanda proposta ne spianano la via per confutare l' altra eccezione della *regiudicata*, che la difesa ricorrente dice scaturire dei provvedimenti dell' autorità amministrativa. Con detti provvedimenti fu respinta la domanda della Società per la formazione di un Consorzio fra gl' interessati all' oggetto di concorrere alle spese delle opere di bonifica approvate dal Governo — domanda che includeva in sè non solo il concorso delle spese, ma anche l' alea ed i rischi dell' opera stessa di bonifica. Fu cotesto il *tantum judicatum* dei provvedimenti dell'autorità amministrativa.

Che definita l' orbita in cui si circoscrissero i provvedimenti suddetti, sarà facile il vedere come la regiudicata scatente dai me-

desimi non possa in alcuna guisa ostacolare l'azione promossa per mancanza dell'*eadem res* e dell'*eadem causa petendi.*

In allora la domanda della Società era diretta alla costituzione di un consorzio ad oggetto di concorrere alle spese della bonifica, includendosi in cotesto concorso l'accollo dei rischi, fondando tale sua domanda sugli art. 108 e seguenti della legge sui LL. PP.

Ora trattasi invece di una domanda limitata a chiedere un compenso in relazione all'arricchimento da lui arrecato ai possidenti della bonifica compiuta a tutte sue esclusive spese e rischio, fondato su disposizioni di dritto privato. Adunque la regiudicata amministrativa per diversità della cosa domandata e della causa per cui venne la domanda fondata, non può essere di ostacolo alla azione di cui è oggetto l'attuale contestazione.

Che la terza eccezione, che col detto primo mezzo di annullamento si vien proponendo dal Consorzio ricorrente, si è quella della improponibilità, o meglio, della inammessibilità dell'azione, poichè il disaminare se una determinata domanda sia esperibile contro una persona giuridica piuttosto che contro singoli e viceversa, si traduce in questioni d'inammessibilità di azione. E codesta eccezione si viene sostenendo dal Consorzio con assumersi che, circoscrivendosi la sua costituzione ad un consorzio di manutenzione di opere di bonifica, non potrebbe rispondere di obbligazioni che sono fuori dell'orbita della sua capacità giuridica.

La Corte di Appello giudicò ammessibile l'azione *de in rem verso* contro del Consorzio di manutenzione ritenendo che i Consorzi di bonifica sono associazioni di beni — che l'obbligo della rifusione della plusvalenza e dei maggiori effettivi vantaggi conseguiti dai beni per le opere di bonifica verso chi di ragione, fosse un *onere reale dei fondi* — e che essendo cotesti fondi stati bonificati con una sola opera complessa *per modum unius*, i fondi erano con siffatta efficienza passati a far parte del Consorzio di manutenzione.

E a cotesta ragione di dritto la Corte ne aggiungeva altra di opportunità, quella cioè che se si avessero ad esperire dalla Banca azioni individuali, ne potrebbero avvenire conseguenze turbatrici della economia e della amministrazione del Consorzio.

Che per le deduzioni testè riferite, la quistione che si proponeva all'esame della Corte di merito era in tema se l'*actio de in rem verso,* con cui si chiedeva il pagamento della plusvalenza e dei maggiori effettivi vantaggi conseguiti dai fondi per l'opera di bonifica, fosse esperibile contro il Consorzio di manutenzione o invece contro i singoli proprietari pur convenuti in giudizio.

Che basta enunciare codesta questione per iscorgere come la Corte di merito nel ritenere esperibile l'azione contro del Consorzio abbia smarrita la dritta via.

Le persone dette giuridiche o persone morali essendo una creazione della legge non esistono che per un obbiettivo determinato e la loro capacità giuridica è ristretta allo scopo cui la persona giuridica è diretta, fuori del quale, non hanno più esistenza.

Il Consorzio, qual' ente di creazione di legge, ha un' erbita di attività giuridica circoscritta dall' oggetto e dallo scopo di sua esistenza qual' è quello della manutenzione delle opere di bonifica, per guisa che esso, per tanto è capace di diritti e di obbligazioni, per quanto e quelli e questa, originando dallo scopo anzidetto, non esorbitano dallo scopo di sua esistenza.

Che ammesso pure, come ritenne la Corte di merito, che il Consorzio sia un' osservazione di fondi e che sia insito ai fondi stessi la plusvalenza quale obbligo reale, ciò nulla può aggiungere o togliere dal concetto di dritto che la sfera di azione del Consorzio resti sempre limitata e circoscritta dallo scopo e dalle leggi di sua costituzione. Ond'è che, quando i proprietarî debbono concorrere a spese di manutenzione di opere di bonifica per la esistenza del Consorzio di manutenzione, l' obbligazione diventa consorziale e di essa dovrà rispondere il Consorzio. Ma, quando invece trattasi di obbligazione affatto diversa, come quella della rifusione dei maggiori vantaggi conseguiti dai fondi bonificati, uscendo codesta obbligazione dalla sfera di attività giuridica del Consorzio di manutenzione, la stessa costituisca pure un obbligo reale anzichè personale, il che è discutibile, non può essere esperibile che unicamente contro dei singoli proprietari.

La Corte adunque ritenendo esperibile l' azione *de in rem verso* contro del Consorzio di manutenzione violava le leggi di organizzazione del Consorzio stesso, che ne circoscrivono la sfera di attività giuridica alla sola manutenzione, violazione denunziata col proposto ricorso. Nè a salvare la denunziata sentenza della incorsa violazione giovi far ricorso alle ragioni di opportunità invocata dalla Corte di merito. A parte che in una quistione di dritto non vale invocare ragioni di opportunità, quando sia erroneo il principio di dritto premesso alla sua definizione, nella specie la Corte di merito nello invocare quelle ragioni di opportunità obliava che, dichiarando esperibile l' azione *de in rem verso* contro del Consorzio, venne a togliere ai singoli, che erano e sono i legittimi contraddittori della domanda proposta, la opportunità di proporre contro la stessa le ragioni ed eccezioni peculiari, che possono assistere i diversi proprietarî dei fondi, per far respingere, o per lo meno diminuire gli effetti della domanda proposta.

Che, riassumendo le discorse cose, debbasi rigettare la prima e seconda parte del primo mezzo di annullamento, riferibili alle eccezioni d' incompetenza e della pregiudicata. Va respinta la prima parte, la eccezione d' incompetenza, non solo per la ragione che la domanda si fondò sopra rapporti di dritto privato, ma ancora perchè ritenuto di essere esperibile la domanda stessa contro dei singoli proprietarî, viene persino a mancare quel pretesto, per cui la eccezione stessa si fondava, cioè che con la domanda proposta si veniva a modificare la cerchia del Consorzio.

Va pur respinta la seconda parte, la regiudicata, per diversità della cosa e della causa, su cui la domanda fondavasi. Devesi invece

accogliere la terza parte del detto primo mezzo di annullamento, relativa alla dichiarata ammessibilità della domanda contro il Consorzio, e non già contro i singoli, ed in relazione alla stessa annullarsi la denunziata sentenza, dichiarandosi assorbiti gli altri mezzi che riguardano il merito del contendere. Che annullandosi la sentenza per aver la Corte di merito dichiarata ammessibile la domanda per rifusione dei maggiori vantaggi contro del Consorzio di manutenzione anzichè contro dei singoli, devesi disaminare il ricorso della Società della bonifica. E tal' esame dev'essere fatto anche dalle Sezioni Unite per essere detto ricorso condizionato e subordinato alla terza parte del primo motivo di annullamento del ricorso del Consorzio, cioè in dipendenza alla improponibilità della domanda contro del Consorzio.

La Corte di merito nel condannare il Consorzio al pagamento della plusvalenza in rappresentanza di tutti i proprietarii, compresi naturalmente quelli chiamati in causa, considerò che con la condanna contro del Consorzio veniva meno la ragione di un' azione individuale contro i proprietarii medesimi *uti singuli*, e quindi confermò in rapporto ai singoli la sentenza del Tribunale, che li aveva mandati assolti da tutte le singole domande. Ora, accogliendosi il ricorso del Consorzio per non potersi esperire contro di lui la domanda proposta, e cassandosi per codesto motivo la sentenza denunziata, debbesi considerare coinvolto in codesto annullamento il capo con cui furono assolti i singoli chiamati in causa onde si possa l'attuale giudizio iniziato con domanda in forma alternativa proseguire non contro del Consorzio, ma dei singoli proprietarii già citati in causa.

Che cassandosi ecc.

CORTE DI APPELLO DI NAPOLI (1.ª Sez.) — *23 dicembre 1896*

NUNZIANTE *P. P.* — LOMONACO *Est.*

Banco di Napoli c.° Manna

Prescrizione—Giudicato — Causa commerciale — (Art. 2135 cod. civ. 917 cod. comm.).

L'azione di giudicato si prescrive col decorso di trent' anni, quantunque il rapporto iniziale fra i contraenti mettesse capo ad un affare di commercio (1).

La Corte — Attesochè, con sentenza 7 ottobre-28 novembre 1864, il tribunale di commercio di Napoli condannò la ditta Vincenzo Man-

(1) Quistione molto controversa nella dottrina e nella giurisprudenza. Sostengono che è applicabile la prescrizione decennale alle azioni derivanti da giudicati relativi a materia commerciale: Mirabelli (*Trattato della Prescrizione* numero 449); Vidari (*Corso di Diritto Commerciale* vol. IX num. 9326-28); Aldieri

na e fratelli Cagiano solidalmente con Vincenzo Manna quondam Gioacchino, a pagare al Banco di Napoli lire 83300, nonchè gl'interessi e le spese;

Attesochè di seguito a diversi atti, il Banco con atti dei 6 e 17 agosto 1895, fece notificare dette sentenze agli eredi del signor Vincenzo Manna cioè ai signori Eduardo, Elena,Gustavo, ed Emilia Manna e con altri atti de' 13 e 24 settembre del medesimo anno fece intimar loro precetto immobiliare;

Attesochè s'opposero al precetto i signori Eduardo, Gustavo ed Elena Manna; la signora Emilia Manna dedusse aver rinunziato all'eredità del padre;

Attesochè il tribunale civile di Cassino, con sentenza dei 6 marzo 1896, diede atto della rinunzia della signora Emilia Manna che mise fuori causa, e rigettò l'opposizione al precetto, i signori Manna hanno interposto appello, e le loro difese si compendiano nei seguenti punti;

a) Essere eredi beneficiati del signor Vincenzo Manna;

b) Essersi verificata la prescrizione di 30 anni, poichè i precetti mobiliari 9 settembre 1871 e 17 aprile 1872 eran perenti e privi di qualsiasi efficacia giuridica;

c) Esser, ancora, verificata la prescriziono decennale, per trattarsi di obbligazione commerciale;

d) Dover, in ogni caso, dichiararsi prescritti gl'interersi decorsi anteriormente al 24 settembre 1890;

Atteso che la qualità d'eredi beneficiati dei signori Eduardo, Gustavo ed Elena Manna risulta provata dalla dichiarazione fatta dall'erede Eduardo e dal certificato dal quale si ricava che furono all'uopo compilati i verbali dei 16, 21, 26 e 29 ottobre, 30 dicembre 1878; e l'atto suppletivo dei 4 febbraio 1879; nè il Banco muove in proposito alcun specifico o determinato appunto. È evidente però, che resta riserbato, in prosecuzione di giudizio, l'esame circa l'appartenenza all'eredità di Vincenzo dei fondi su quali il Banco vuol proceder in esecuzione;

Attesochè non s'è punto verificata la prescrizione di 30 anni, poichè fu la medesima interrotta dai due precetti mobiliari del 1871 e 1872, nè regge l'argomento di non aver tale efficacia questi atti per essersi perenti, poichè la perenzione o decadenza può tôrre efficacia al precetto come atto di esecuzione, non come intimazione di pagare e messa in mora;

Attesochè non può sostenersi d'essersi estinto il diritto del Banco per la prescrizione decennale. Egli è vero che le azioni commerciali si prescrivono col decorso di dieci anni; egli è vero altresì che il rapporto iniziale fra il Banco ed il Manna mettea capo ad affare di commercio. Ma deve osservarsi che su l'istanza intervenne il giudi-

---

e Marghieri (*La Domenica giudiziaria*, anno 11 num. 4 e 7); Letterio Granata (*La prescrizione del giudicato in materia commerciale*); Romanelli (*Movimento Giuridico* III pag. 425 e IV pag. 460); Molta (*La prescrizione del giudicato*). Sostengono invece l'opinione della Corte: Gargiulo (*Diritto e Giurisprudenza*, 1894, pag. 61); App. Genova, 27 ottobre 1893 (*Mov. Giur.* III 423).

cato che la consumò, e dette origine ad un novello rapporto giuridico cioè all'azione di giudicato, la quale fondandosi su la statuizione del giudice non può esser definita azione commerciale, ma è intrinsecamente e sostanzialmente un'azione civile, la quale non può estinguersi con altra prescrizione che con quella di 30 anni. Nè regge l'argomento che nel diritto codificato oggi non sia riconosciuta l'*actio iudicati* poichè la forza esecutiva data alla sentenza non è che lo sperimento dell'azione che deriva appunto dall'autorità del giudicato;

Attesochè regge l'eccezione di prescrizione quinquennale per gl'interessi, poichè per legge questi si prescrivono col decorso di cinque anni; nè regge l'osservazione di essersi proposta tale eccezione con la comparsa conclusionale presentata alla Corte, poichè la suddetta eccezione può dedursi anche in appello;

Attesochè i provvedimenti su le spese ecc.

....

CORTE DI APPELLO DI NAPOLI (1.ª Sezione) — *30 dicembre 1896*

NUNZIANTE *P. P.* — BIANCO *Est.*

Pisani c° Coppola

Donazione — Condizione della sopravvivenza con figli — Trasmissione — Momento giuridico — Diritto di accrescimento — Sostituzione fidecommissaria (art. 889, 901, 1074 cod. civ.)

a) *Quando la liberalità si sottopone alla condizione sospensiva della sopravvivenza del donatario, essa diviene perfetta alla morte del donante.*

b) *Pertanto premorto uno dei donatarii al donante la quota del deficiente resta accresciuta agli altri.*

c) *Acquisita irrevocabilmente la donazione ai donatarii superstiti al donante non può ammettersi pel tempo posteriore parte caducata a favore dei congiunti donatarii.*

d) *La condizione della soprravivenza con figli imposta nell'atto di donazione deve riferirsi necessariamente al tempo in cui si verifica la morte del donatore altrimenti sarebbe una sostituzione fidecommissaria vietata dalla leg e* (1).

La Corte ha considerato che alla domanda di divisione dei fondi posti in Casal di Principe, per la sesta parte spettante ad Elisabetta Coppola, a tenore della donazione del 9 aprile 1873, questa riconvenzionalmente oppone il suo diritto al terzo di codesti fondi, ed all'intero di quelli di Marigliano, essendo ella l'ultima superstite dei donatarii

(1) Molto accurata è la redazione della trascritta sentenza intorno alla figura giuridica dello istituto dell'accrescimento applicato alla donazione sotto condizione sospensiva della sopravvivenza del donatario in quanto con argomenti di sana dottrina vien dimostrato che per conoscere il *ius adcrescendi* della quota caducata a favore dei donatari superstiti, sia necesserio che venga a mancare durante la vita del donante assumendo la forma di una vera sostituzione volgare.

di Cristoforo Coppola, e verificato in suo favore il diritto di accrescimento di tutti i beni compresi nella donazione per la premorienza degli altri condonatarii deceduti senza prole. Sul negato diritto di accrescimento per la sopravvivenza dei donatarii al donante fu la lite contestata; ed il Tribunale di S. Maria, con sentenza del 23 dicembre 1895, ravvisando nelle pattuizioni della donazione del 1873 le condizioni, cui i finali intenti del donatore, di beneficare gli eredi più prossimi di sua famiglia, eran subordinati, ed indagando di questi la volontà, dichiarò che le clausole racchiuse negli art. 3 e 4 dell'atto di donazione non contenessero una sostituzione fedecommessaria vietata, e che di conseguenza la Elisabetta Coppola avesse diritto ad una terza parte dei fondi di Casal di Principe, ed allo intero di quelli in Marigliano; dette indi, in conformità di cosiffatte dichiarazioni, tutti i singoli provvedimenti sulla reddizione del conto dei frutti e della divisione.

Della sentenza si son richiamati in appello i germani Pisani ed han dedotto che illegittimamente si sia dal Tribunale ritenuto efficace un diritto di accrescere in una donazione tra vivi, già divenuta irrevocabile, dando così parvenza di disposizione condizionale, ad una vera e propria sostituzione fedecommessaria vietata e costituendo l'ipotesi dell' usufrutto successivo tra i chiamati alla proprietà e quella della legge della trasmissione della proprietà stessa involgente l'obbligo nel donatario di conservare la propria quota e restituirla agli altri superstiti. E se ne son gravati Vincenzo, Raffaele e Giovanni Acquaviva, eredi della Elisabetta Coppola, per non essere state condannate alle maggiori spese, cui dettero luogo; Palma, Luisa ed Antonietta Coppola poste fuori causa, per non essere stato condannato il Diana, possessore dei fondi in Casal di Principe, alla restituzione. dei frutti, e per essere state ingiustamente poste tutte le spese a carico della massa.

Che con le loro deduzioni i germani Pisani risollevano in appello la questione principale della presente lite, riposta nell' indagare, se le pattuizioni terza e quarta della donazione del 9 aprile 1873 contengono una qualche cosa di consentito dalla legge, comechè sottoposta a condizione sospensiva o risolutiva che sia, o per vece una costituzione fedecommessaria vietata.

Che alla retta risoluzione della contesa, gioverà riferire il testo della donazione del prete Coppola, che ne è stata la immediata cagione. Donò questi nel 9 aprile 1873 ai nipoti Raffaele ed Innocenzo alcuni fondi in Marigliano, ed alle nipoti Giuseppa ed Elisabetta la terza parte dei fondi posseduti in Casal di Principe, e v'aggiunse le seguenti clausole. Art. 3: « Le donazioni comprese nei due articoli « precedenti s'intendono fatte in parti uguali rispettivamente ai do- « natarii, e col diritto di accrescere tra loro nel caso di premorienza « dell'uno all' altro senza discendenti; diritto di accrescere che va « contemplato anche nel caso che ambo i donatarii Raffaele ed In- « nocenzo, od uno di essi, premorisse senza discendenti alle donata- « rie Giuseppa ed Elisabetta; o viceversa amendue queste ultime, o

« una di esse premorisse senza discendenti ai detti di loro fratelli
« Raffaele ed Innocenzo » — Art. 4: « Le ripetute donazioni contem-
« plate nei ridetti articoli 1 e 2 vanno fatte altresì sotto la condi-
« zione sospensiva, che tutti o parte dei donatarii, o anche uno di
« essi, sopravviva al donante, intendendosi all'epoca del decesso di
« costui trasferita la proprietà e l'usufrutto dei beni donati da essi
« donatarii, o a quelli, o a quello fra essi che fosse rimasto super-
« stite al donante, e che atteso il diritto di accrescere avesse ac
« quistato il diritto a conseguire la totalità dei beni suddetti ».

Che l'inammessibilità accampata contro le novelle deduzioni degli appellanti non ha proprio valore. Lungi dal costituire quelle domande nuove, rappresentano modi di interpetrazione più sviluppati di quell'atto, che è *res deducta in iudicio*.

Che delle diverse forme di interpetrazione di questo atto tentate, quella che appare più conforme alla volontà del donante ed ai precetti di legge è che la sua liberalità tutta intera sia stata sottoposta alla condizione sospensiva dell'articolo 4°, alla sopravvivenza, cioè dei donatarii al donante; per guisa che la donazione non fosse divenuta perfetta ed irrevocabile se non al giorno della morte del donante. Il diritto, con frase impropria detto di accrescimento, stipulato nell'articolo 3°, è da intendersi necessariamente che dovesse aver luogo, durante la vita del donante, pria cioè che si verificasse la condizione sospensiva della morte del donante. Così intesa, nei suoi tratti fondamentali, la donazione rientra perfettamente nella cerchia di permesse disposizioni legislative; perocchè quel diritto rappresenterebbe una vera e propria sostituzione volgare. In effetti riesce evidente questa soluzione, per la quale, avverandosi la ipotesi di premorienza di uno o più donatarii al donante, la quota di quello o di questi si intende donata agli altri; stantechè non uscita mai dal patrimonio del donante, per la mancata condizione sospensiva, era questi libero di ridonarla cui piacesse; e per la pattuizione speciale dell'art. 4 egli la donava ai donatarii superstiti. Una diversa interpetrazione legherebbe di troppi vincoli antigiuridici i donatarii tra loro e renderebbe assolutamente inesplicabile la quarta pattuizione del titolo conteso, esponendolo ad un sicuro annullamento, non supponibile in un uomo, non indotto, cui dovea importare la validità delle sue disposizioni, qual'era il Coppola donante. Per fermo, se non dovessero intendersi le due pattuizioni degli art. 3 e 4 coordinate ma staccate, anche cioè avverandosi la condizione sospensiva della seconda di esse, i donatarii superstiti non avrebbero acquistata la proprietà delle cose donate al momento della morte del donante, tenendola già prima sotto la condizione risolutiva e coi vincoli dell'articolo 3°. Fu pensiero invece del donatore dominante tutta la donazione, che i beni donati a due distinti gruppi di donatarii fossero trasferiti nel costoro patrimonio solo al tempo della morte di lui, e quel concetto egli espresse in queste parole « intendendosi all'epoca del decesso di costui trasferita la proprietà ed usufrutto dei beni do-

nati ad essi donatarii o a quelli, o a quello fra essi che fosse rimasto superstite al donante ».

Se all'epoca della morte del donante si trasferiva la proprietà riesce evidente, che pria niente i donatarii avrebbero potuto conseguire; e quel diritto, chiamato d'accrescere, non permesso, propriamente inteso, negli atti tra vivi, sarebbe importata una vera sostituzione volgare. In cosiffatta guisa, non essendo dubbio che tutti quattro i donatarii sopravvissero al donante, ciascuno di essi divenne allora proprietario irrevocabile della parte della donazione a lui fatta, col diritto di disporne per atto tra vivi, o per testamento; sicchè le disposizioni fatte in pro di altri da costoro, che senza vincoli eran divenuti proprietarii delle cose donate, sono assolutamente valide. Il coordinamento dell'art. 3 all'art. 4, che rende possibile la interpetrazione a tenore delle rigorose regole del giure, è davvero fatto anche più evidente dall'avverbio *altresì*, che congiunge le due clausole; imperocchè la condizione di morire senza figli importa, che al tempo della morte del donante, i donatarii viventi avrebbero acquistato il dono, perchè non morti, e molto meno morti senza figli; verificatasi la condizione dell'articolo 4°, e sopravvissuti i donatarii al donante acquistarono diffinitivamente costoro ed irrevocabilmente la proprietà, apparendo logicamente e giuridicamente manifesto, che il momento efficace dell'acquisto della cosa donata in pieno dominio è la premorienza del donatario al donante.

Che i signori Acquaviva, dimentichi dell'aforisma *in dubio est accipienda significatio quae vitio caret*, affermano che sieno due le condizioni della donazione e, che la premorienza di un donatario all'altro senza figliuoli debba applicarsi al tempo successivo alla morte dèl donante. Ma in questo caso la sostituzione fedecommessaria vietata, di che apparirebbe infetta la clausola terza, sarebbe non agevolmente negabile. Imperocchè verificata la condizione sospensiva dell'art. 4, ed acquistata di conseguenza la piena e libera proprietà delle cose donate i donatarii superstiti, questi dovrebbero conservare e restituire i beni agli altri, se morissero senza figli; essendo proprio questa la base delle sostituzioni fedecommessarie, la sovrapposizione cioè all'ordine successorio legittimo di altro pattizio. Ed in effetti staccandosi l'art. 3 dall'art. 4 il trasferimento dei beni dall'un donatario all'altro, per la sua premorienza senza figli, dovrebbe avvenire proprio dopo che la donazione fosse divenuta perfetta ed al loro patrimonio acquistata la proprietà libera e piena delle cose donate. Imperocchè ciascun donatario non fu chiamato all'intero, ma alla sua porzione, che immediatamente acquistò, per poi, secondo che gli appellati Acquaviva sostengono, perderla al tempo della morte senza figliuoli; in altre parole i singoli donatarii, dopo una donazione irrevocabilmente perfetta, all'avverarsi di certe condizioni avrebbero dovuto conservare e restituire le cose donate all'altro donatario: nel che sta proprio l'essenza della sostituzione fedecommessaria. E ad un'altra conseguenza illegale pervengono gli appellati con la loro deduzione, di dar cioè vita giuridica al diritto di accrescere, per-

messo negli atti di ultima volontà, assolutamente vietato in quelli tra vivi, meno in determinati casi troppo noti nella dottrina, nei quali il trasferimento della proprietà avviene immantinenti; perciocchè ritenendo, che ciascuno dei donatarii, morendo senza figli, il dono accresce ai superstiti, o a quelli dei superstiti che avessero figli, ne conseguirebbe che ciascuno di essi dovrebbe conservare il dono e conservarlo fino alla morte, quando fosse svanita cioè la speranza di aver figli, per trasmetterlo al donatario superstite.

Che l'assunto degli appellati Acquaviva, che scorgono solo nella clausola dell'art. 3 una condizione risolutiva, ed in tutta la donazione del prete Coppola nessun elemento di quelle sostituzioni vietate dall'art. 899 cod. civ., non essendovi nè una doppia disposizione, nè un ordine successivo, nè l'obbligo di conservare per restituire, per necessità logica li conduce a sopprimere assolutamente la clausola dell'articolo quarto, per la quale, al momento della morte del donante, nei donatarii superstiti si tresferiva la proprietà piena e libera delle cose donate. L'ordine successivo, e non unica disposizione alternativa, sta proprio in questo, che il donatario, che avrebbe acquistata la singola quota della donazione, venendo a mancare senza figli, lungi dal disporne come cosa propria, dovrebbe conservare e restituirla all'altro donatario superstite o a quelli dei donatarii che avessero figli. Nella esistenza delle due clausole sopra riferite, non è possibile discernere una sola ed unica chiamata diretta dell'ultimo beneficato, nulla acquistando l'investito e tutto lucrando il superstite beneficato, senza fare a brani la disposizione sottoposta ad un insieme di clausole legittimamente interpetrate, e senza imporre alle cose donate vincoli che la legge ha voluto spezzare.

Che le conseguenze inesatte del concetto, che ha preoccupato gli appellati nella interpetrazione delle diverse clausole della donazione dell'aprile 1873, si ravvisano anche maggiormente nei criterii posti dal tribunale per ritenerle valide; imperocchè oltre all'avere staccate le pattuizioni terza e quarta. affermando che la cendizione risolutiva dell'una era qualche cosa di indipendente dall'altra, ha dovuto, pur dar parvenza di verità al così detto diritto di accrescere, giuridicamente impossibile nelle donazioni, convertendolo nella condizione risolutiva dell' art. 3, e creando per giunta una donazione di usufrutto a tutti i nipoti donatarii, pur vietata dagli art. 901 e 1074 cod. civ. pendente la condizione risolutiva, ed altra di proprietà libera e piena nell'ultimo donatario superstite. Il che è proprio contro la legge, e fuori la volontà del donante. Nella donazione quindi del prete Coppola evvi chiaramente una sostituzione fedecommessaria vietata, per guisa che sono da ritenersi valide le successive disposizioni dei singoli donatarii, ed alla Elisabetta Coppola, ed ora ai suoi eredi, non tocca altro che quello che le fu da Cristoforo Coppola donato, la sesta parte, cioè, dei fondi in Casal di Principe, netta da afficienze ipotecarie o altri pesi reali, del che non si disconviene.

Che, stante siffatte risoluzioni della lite, il gravame di Vincenzo ed altri Acquaviva ha perduto ogni efficacia, in quanto al

disposto rendiconto dei frutti della parte revindicata, perciocchè, respinta ora in appello la loro azione, non puossi naturalmente far più luogo ad alcun rendiconto per la parte riferentesi a quei fondi che si intendevano rivendicare.

Che, per quel che riguarda il conto della sesta parte dei fondi in Casal di Principe, mai contrastato ad Elisabetta Coppola, su di che deve versarsi la divisione con gli eredi della Giuseppa, gli Acquaviva non hanno appellato dalla sentenza del tribunale che lo rinviò alla massa, dichiarando di non trovar allo stato luogo a provvedere sul chiesto interrogatorio. Per manco di appellazione non potrebbe tal provvedimento alterarsi. Ed è di conseguenza inattendibile in questo momento la domanda della prova per testimoni fatta con la semplice comparsa conclusionale in appello dai Diana, che per tal parte non hanno appellato. In sede di rendiconto possono però ben riproporla se ne sarà il caso.

Che non ha valore la doglianza degli Acquaviva per la omessa condanna alle maggiori spese provocate da Palma, Luisa ed altre Coppola poste fuori causa. Nessuna maggiore spesa fu da loro provocata.

Che non avvi più luogo alla chiesta liberanza che riguardava i frutti dei fondi che si revindicavano.

....

CORTE D' APPELLO DI NAPOLI (1.ª Sezione) — *30 dicembre 1896*

NUNZIANTE *P. P.* — BIANCO *Est.*

Romano c.° Ferrovie

Sentenza — Contraddizione — Quasi contratto Giudiziario — Società Ferroviaria — Regolamento sul personale — Infermità — Collocamento a riposo — Criterii insindacabili — Sanitarii ferrovieri — Perizia — Revisione — Inammessibilità

a) *Non è contraddittoria la sentenza che giudica su elementi processuali non ostante che precedentemente avesse ordinato l'esibizione di un documento del quale fu riconosciuta l'impossibilità o la non pertinenza.*

b) *Se l'autore in domanda di danni rinunzia alla lite contro il preposto viene perciò a mancare ogni azione per tal causa anche contro il preponente.*

c) *Non è ammessa azione di danni pei regolamenti sul personale ferroviario quanto si intende inficiare la disposizione che collocò in riposo l'impiegato piuttostochè in aspettativa.*

d) *È inammessibile la revisione di perizia redatta dai sanitarii delle società ferroviaria e ciò per preciso regolamento che ha valore di contratto e di legge.*

La Corte ha considerato: Che, dopo una prima fase del giudizio, chiusa con la sentenza d'appello, che revocò quella del tribunale del 23 giugno 1894, fu la lite stessa dal Michele Romano riprodotta integralmente contro il direttore generale della Rete Medi-

terranea, l'altro dell'esercizio, il capo stazione, ed il presidente del consorzio di mutuo soccorso, chiedendo la rivalsa dei danni cagionatigli per la ingiusta messa in quiescenza, determinandone il montare in diverse categorie. Nelle more del giudizio, dal Romano fu rinunziato agli atti iniziati contro il Kossuth, e il Mazzacorati, convenuto anche in proprio nome; sicchè la lite rimase contestata col direttore generale e il presidente di mutuo soccorso. Il tribunale, con sentenza del 12 febbraio ultimo, respinta la eccezione d'incompetenza, ritenendo che non fossero stati presentati i documenti, sui quali fondavasi l'azione, ordinò all'amministrazione delle ferrovie di esibire il certificato sanitario del Romano del 1883, e il suo foglio matricolare. Questa sentenza fu appellata per la precipua ragione, che nessuna influenza quel certificato potesse esercitare nel presente giudizio, e nessun legame fossevi tra il fatto, che diede luogo a quel certificato, e il posteriore collocamento in quiescenza, disposto sul fondamento dell'altro del 12 giugno 1888. Codesto appello non fu discusso; e riprodottasi la lite, con la esibizione del solo foglio matricolare, una seconda sentenza del 27 maggio scorso respinse del tutto l'azione del Romano. Dalla quale sentenza questi produsse appellazione principale, dolendosi della ingiusta estimazione delle quistioni sollevate, tanto nel rapporto della applicazione dei diversi articoli delle norme sul personale, quanto del certificato del 1888. A sua volta, l'amministrazione delle ferrovie riprodusse condizionalmente il gravame già interposto contro la prima sentenza, per guisa che vengono ora alla cognizione della Corte le vicendevoli appellazioni dei litiganti. Le quali evidentemente devono essere riunite, comechè dirette contro sentenze, profferite nella stessa lite, tra le stesse persone ed involgenti un unico obbietto del contendere.

Che, pel tenore delle quistioni sollevate dal Romano col suo gravame contro la sentenza che, decidendo le controversie di merito, respinse la sue domanda, è mestieri venire alla discussione di questo pria dell'altro dell'amministrazione, in modo condizionale riprodotto, il cui esame s'imporrà a seconda dell'accoglimento, o meno di quello del Romano.

Che di essersi contradetta censura questi innanzi tutto la seconda sentenza, perchè, senza tener conto del documento da una precedente sentenza disposto, e pur non presentato dall'amministrazione, che vi fu obbligata, abbia definitivamente risoluta la contesa; mostrando in tal guisa di aver mutato assolutamente i criterii del decidere. Ma codesta contradizione svanirà al solo avvertire, che il disporre la esibizione di un documento non costituisce tale un precedente da assumere la efficacia e la forza di un giudicato per guisa che, questo mancando, la controversia non possa essere più risoluta. Il tribunale, ritenendo che all'azione del Romano mancasse la giustificazione della domanda fondata nel certificato sanitario del 1883, ne stimò necessaria l'esibizione; mostrata in seguito la impossibilità di fatto di poterlo esibire, lo stesso tribunale, osservando che, non con quel certificato solo, la lite si potesse risolvere, emise nel fondamento di altre

considerazioni la sua sentenza definitiva. Non contraddizione quindi tra le due sentenze, ma analisi più schietta e più minuziosa delle argomentazioni, che formavano il sostrato dell'azione del Romano è stata quella, sulla quale si è adagiata la seconda sentenza.

Che, riproduce ora il Romano una deduzione, cui parve nei primi momenti del giudizio non fare saldo affidamento, quella cioè che all'art. 1151 del cod. civ., si richiama confortandone l'applicazione con un atto notorio, attestante che il male che lo travagliava, fosse stato causato dall'essere stato destinato, pel malvolere del capostazione Mazzacorati alla riserva-vetture, luogo d'infezione palustre, e colla esibizione della perizia giurata del Dottor Grimaldi. Ma, a parte che codeste carte non potrebbero mai elevarsi a giustificazione del suo assunto, è lo stesso Romano che ha mostrato di non affidarvisi gran fatto, con l'aver rinunziato agli atti del giudizio contro il Mazzacorati qual capostazione, ed in proprio nome sarebbe stato da lui riconosciuto, che il capostazione avendo agito nei limiti delle sue attribuzioni e del regolamento, non potrebbe essere ritenuto responsabile nè lui personalmente, nè, pel fatto suo, l'amministrazione preponente. Evvi in tutto questo impegnato, come bene avverte la difesa della Società, il quasi contratto giudiziale; essendosi riconosciuta inesistente ogni responsabilità del capostazione, viene di conseguenza a sottrarsi ad ogni responsabilità, qual rapporto di causa ad effetto, la Società delle ferrovie. Dato dunque che non possa avere per tal principio nessun diritto il Romano al risarcimento dei danni, la prova per testimoni, che eseguita non muterebbe la posizione delle cose, è manifestamente inammessibile. Inoltre il lungo tempo trascorso dal certificato del 1883 alla destinazione nella riserva-vetture induceva il concetto che il Romano se guarito poteva sostenere il novello ufficio, se no, giustificare il collocamento in quiescenza. Ma quel che radicalmente esclude l'impero dell'art. 1151 è che da una tolleranza pietosa del 1883 nessun diritto aveva il Romano acquistato contro l'Amministrazione, che vietato disse il rimedio del rifacimento, questa, anche con gl'impiegati sopravvenutile dalle vecchie amministrazioni, non ha, sotto certi rispetti, stretto altri rapporti contrattuali che quelli segnati dalle norme sul personale, nelle quali, per le virtuali necessità del funzionamento della vastissima società, non sono imposti limiti per le più idonee destinazioni dei suoi agenti.

Che la indagine vera della contesa sta nell'esame se le norme sul personale sieno state rettamente applicate al Romano. Nemmeno questi muove dubbio, che come legge del contratto debban quelle regolare i rapporti suoi con l'amministrazione. La quale, quando le viola nei singoli provvedimenti verso i suoi impiegati, può essere tratta innanzi l'autorità giudiziaria, reintegratrice della legge e dei patti sconosciuti. La quale non si sostituisce all'amministrazione della società, e non ne rivede o sindaca i criterii tecnici e subbiettivi, importando questo sconvolgerne il normale e progressivo andare. Guidati da siffatti concetti, la più agevole e retta applicazione degli articoli 46 e 48 delle norme è quella, che si raccoglie dalla loro

dizione. Il secondo di essi dà facoltà di collocare in quiescenza gli agenti compartecipanti o meno alla cassa pensioni o di soccorso, quando li riconosca inabili al disimpegno delle mansioni loro affidate. L'altro consente l'aspettativa, quando trattisi di infermità, che lasciano lusinga di guarigione, ma che pel loro carattere, richiedente una speciale ragione di cura, o per la loro gravità, rendono impossibile per un lungo periodo di tempo qualunque efficace prestazione di servizio.

Son dunque due categorie di fatti morbosi, le cui conseguenze questi disciplinano, le quali possono e debbono essere riguardate indipendentemente le une dalle altre. Una infermità per la quale, sin dalla sua prima constatazione, apparisce inabile la persona colpita, non potrebbe non condurre alla posizione in quiescenza; altra che lasciasse lusinga di guarigione, con tutte le modalità dell'articolo 46, determinerebbe il collocamento in aspettativa. È tutta quindi una indagine di fatto, cui sta come fondamento il certificato sanitario. L'affermazione dell'appellante, che in simili congiunture debbasi pria sperimentare l'aspettativa, e poscia il collocamento in quiescenza, non solo sarebbe contraria alla reale e necessaria differenza delle varie contingenze della vita, e delle multiformi manifestazioni dei fatti morbosi, ma contradetta dalle stesse disposizioni or ora esaminate. Nè la salverebbe il richiamarsi all'ultimo alînea dell'articolo 46, che fa luogo al collocamento in quiescenza se, scaduto il termine assegnato per l'aspettativa, da non superare due anni, le condizioni di salute continuino ad essere tali da non lasciare alcuna lusinga di guarigione. Imperocchè innanzi tutto nella sua locuzione questo alinea accenna a quelle condizioni, che lasciando dapprima lusinghe di guarigione, in seguito per lo sciagurato inoltrarsi del male, le fan perdere; in secondo luogo la intelligenza di esso è necessariamente limitata dalle disposizioni dell'articolo stesso, dell'articolo 48, e più di tutto del precedente articolo 41, che traccia le norme delle assenze per malattie, il quale articolo, scorso un periodo preliminare di tre mesi, impone all'amministrazione di provvedere al collocamento in aspettativa o in quiescenza. Ed ora, esaminato il certificato del 12 giugno 1888, sul cui fondamento il Romano fu collocato in quiescenza, al lume delle riferite disposizioni, apparrà che queste non lasciavano libera l'amministrazione di pigliare provvedimenti diversi. Esso suona così: « visitato oggi dai sottoscritti la guardia Romano Michele abitante a Napoli, si è trovato affetto da ripetute broncorragie, in conseguenza di che si giudica non più atto a prestare utile servizio all'amministrazione ». Nessuna lusinga di guarigione lasciava la infermità, di che il povero Romano era colpito, e la sua conseguente inabilità era quella dall'articolo 48 contemplata. E quí, non è inutile avvertire, che l'indole della malattia riferita nel certificato, la persistente broncorragia, smentisce anche tecnicamente quelle deduzioni intorno alla infezione malarica, che la destinazione ultima del Romano nella riserva-vetture avrebbe direttamente determinata.

Che, per la stessa necessità logica delle cose, la sua postuma recuperata salute, che il Romano mette a fondamento del chiesto rifacimento di danni, non puossi avere in riguardo, nel decidere la presente lite. Imperocchè lo esame della natura della infermità dell'agente e della conseguente responsabilità degli atti dell'amministrazione dee esser fatto quando il provvedimento del collocamento a riposo è dato; è in questo momento che l'autorità giudiziaria è chiamata ad investigare se le norme sul personale sieno state rettamente applicate. Tutto quello che avviene dopo non potrebbe essere elevato a fondamento d'una responsabilità qualsia dell'amministrazione; perocchè vi si opporrebbe la parola delle norme che costituiscono la legge del contratto tra questa e i suoi agenti, e piu quella razionale necessità delle cose che proclama la naturale limitazione della scienza umana, che nella previsione del futuro dee rassegnarsi a formular certe probabilità, che fondate in dubi di ragione, operarono come cause efficienti definitive.

Che, dai principii esposti, appare logico corollario di non potersi fare buon viso alla chiesta revisione della perizia. Per le norme sul personale, pubblicate per virtù di legge, e avente carattere di legge esse stesse, il cui impero nelle controversie tra l'amministrazione e i suoi agenti non è dubbio per alcuno, è dato alle competenti autorità ferroviarie la facoltà di nominare periti sanitarii per la constatazione delle condizioni degli agenti colpiti di infermità. La costoro perizia ha indiscutibile valore giuridico, come quella disposta in conformità delle norme legislative, e del patto, che è legge tra i contraenti, e contro la quale il richiamo all'autorità giudiziaria a nulla varrebbe, non essendo questa competente a disporre una novella perizia, sostituendo criterii suoi a quei tecnici forniti dai periti sanitarii. Se il certificato sanitario non contenga elementi sufficienti per giustificare il provvedimento, in tal caso l'autorità giudiziaria negherà ogni giuridico effetto a tal provvedimento, o in altre parole troverà materia di rifacimento, per illegittima applicazione delle stesse norme sul personale. E tutto questo indipendentemente dal considerare le tecniche impossibilità di riesaminare, a molti anni di distanza quanti ne corrono dal 1888 al 1896, un certificato sanitario, come quello del Romano, del 12 giugno 1888.

Corte d'Appello di Napoli (1.ª Sezion) — *30 dicembre 1896*

Nunziante *P. P.* — Petruccelli *Est.*

Caccavale c.° Caliendo

Prescrizione — Azione di nullità — Tutore — Rappresentante dei minori — Massima ***quae temporalia ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*** **(art 277, 1302, 2135 cod. civ; 373 e 2168 LL. CC.).**

a) *La prescrizione estintiva dell' azione di nullità colpisce i contratti giuridicamente esistenti mentre quelli, che mancano dei requisiti essenziali, si rendono perfetti solo dopo il decorso della prescrizione trentennale.*

b) *Il tutore rappresenta il minore con mandato ex lege non ex conventione e pertanto ancorchè ecceda le sue funzioni la rappresentanza non vien meno; sicchè il contratto non può dirsi privo degli elementi sostanziali ed è soggetto alla prescrizione stabilita per le azioni di nullità e rescissione.*

c) *La massima* QUAE TEMPORALIA AD AGENDUM PERPETUA SUNT AD EXCIPIENDUM *si applica a favore del possessore che respinga l' istanza intesa a spogliarlo del legittimo diritto non già a favore di colui che poteva in tempo utile esperire l'azione e fu negligente.*

La Corte ritenuto in fatto che con istrumento del 3 giugno 1864 per notar Agostino Rossi di Scisciano, Enrichetta Sirignano madre dei minori Erasmo, Luigi e Giovanni procreati col defunto suo marito Erasmo Caccavale, vendeva con l'assistenza di Luca Caccavale, tutore surrogato dei detti minori, un comprensorio di case con giardino di proprietà dei minori stessi e sito nel cennato Comune di Scisciano in via Casoli, a Francesco ed Antonio Caliendo pel prezzo di lire 3400, delle quali si disse cedere lire 425 in soddisfazione di un credito di eguale somma vantato da essi Caliendo contro l'eredità del defunto Caccavale, ed il rimanente fu pagato alla medesima Sirignano.

Dopo parecchi anni dalla loro maggiore età, Erasmo Caccavale iuniore ed i suoi germani Luigi e Giovanni, con atto del 22 maggio 1894 citarono innanzi al Tribunale di S.ª Maria Capua Vetere Antonio Caliendo, quale unico possessore degli immobili venduti, chiedendo in linea d' azione di revindica la condanna del convenuto al rilascio dei ripetuti immobili coi frutti relativi ed al pagamento delle spese del giudizio.

Intervenne in causa l'altro compratore, Francesco Caliendo ed unitamente al convenuto Antonio Caliendo eccepì la prescrizione dell' azione istituita, la quale più propriamente era a definirsi azione di nullità della suindicata vendita fatta dalla tutrice dei minori Caccavale, cioè dalla Sirignano senza le formalità statuite dalla legge.

L' adito Tribunale, con sentenza del 2-3 agosto 1894, ritenne la dedotta prescrizione e quindi respinse la domanda dei Caccavale, e li condannò alle spese del giudizio,

Costoro ne hanno interposto appello.

Ritenuto in dritto che l' unica indagine a farsi nella presente causa consiste nel vedere se l' enunciata vendita sia infetta di nullità relativa e per conseguenza sanabile con la prescrizione decennale o quinquennale secondo le leggi civili del 1819, di queste provincie meridionali di Italia ed il vigente codice civile italiano, oppure da nullità assoluta e radicale; in altri termini se la vendita sia semplicemente annullabile oppure giuridicamente inesistente.

Imperocchè nel primo caso, gli elementi costitutivi del contratto sussistono, comunque viziati, ed una tacita acquiescenza fondata su di una presunzione *iuris et de iure*, col decorso di dieci o cinqne anni, può sanare il vizio del contratto medesimo; mentre nel secondo caso, pel difetto delle condizioni essenziali del contratto, la massima *quod nullum est ab initio, tractu temporis convalescere non potest*, ha piena applicazione, e l' unica prescrizione sarebbe la trentennale, che estingue tutte le azioni tanto reali quanto personali. Art. 2135 del codice italiano e 2168 delle leggi civili del 1819.

Giova anzitutto ricordare che la solennità degli atti vennero dall'Accursio divise in *intrinseche* ossia sostanziali ed in *estrinseche*, e cotesta distinzione fu accettata dalla scuola e dalla giurisprudenza. Le solennità intrinseche riflettono la sostanza del diritto e la firma che costituisce l'essenza della scrittura destinata a provare l'atto. Le solennità estrinseche sono quelle dirette ad abilitare le persone incapaci a corroborare un atto che, per sè, ha esistenza, o a provare l' adempimento delle formalità richieste perchè l' atto abbia la sua perfezione. E nei contratti dei minori le formalità sono prescritte non già per dare esistenza al contratto, il quale sussiste anche senza di esse, per modo che colui che ha contrattato col minore rimane obbligato, ma bensì per tutelare esclusivamente l' interesse del minore, cui è devoluto il diritto di opporre la nullità dell'atto che manca della formalità enunciata. Sotto tale aspetto è desso, meno una nullità, che una facoltà accordata dal legislatore alle persone incapaci come affermava il Mantica nel suo trattato *de tacitis et ambiquis in conventionibus* lib. 4 titol. 29 n. 12; cosicchè il minore, giunto alla maggiore età, può, senz' altro, ratificare ed eseguire volontariamente quell' atto.

Indarno quindi si sostiene la mancanza di consenso nel contratto di vendita, di cui è parola, perocchè il consiglio di famiglia ed il tribunale non sono chiamati per dare al tutore un mandato, ma costui lo riceve direttamente dalla legge.

Per fermo, giusta gli art. 277 del vigente codice italiano e 373 leggi civili del 1819, il tutore rappresenta il minore negli atti civili e ne amministra i beni. Cotesto mandato legale non ha nulla di comune con quello convenzionale, disciplinato dagli art. 1737 e seguenti del codice italiano e dagli art. 1856 e seguenti delle leggi civili del 1819; onde non sono applicabili nel caso in esame le disposizioni che il mandante non sia obbligato per quello che il mandatario ha fatto oltre i limiti del mandato, fino a quando egli non l' abbia espressa-

mente o tacitamente ratificato, per non esservi nell'eccesso del mandato la rappresentanza del mandante nella persona del mandatario, mentre il tutore è il rappresentante del minore anche se procede irregolarmente.

E se per diritto romano le cose del minore, alienate senza la formalità di legge, non si trasferivano in forza dell'alienazione medesima, ed integro rimaneva al minore il diritto di rivendicarle, gli era però prefisso il periodo di cinque anni per sperimentare tal diritto, periodo che decorreva dalla sua maggiore età *post impletam minorem aetatem.... minima posse retractari eam, occasione praetermissionis decreti, sed sic tenere quasi ab initio legitimo decreto fuisset res alienata*, legge 3ª codice libro V, titolo 74.

Or, nella specie, gli appellanti Luigi e Carmine Caccavale raggiunsero la maggiore età da oltre un decennio precedente alla azione istituita, ed Erasmo Caccavale, nato il 12 maggio 1864, divenne maggiorenne il 12 maggio 1885, cioè nove anni anteriori all'atto istitutivo del giudizio del 22 maggio 1894. E comunque la vendita impugnata si fosse fatta sotto l'impero delle leggi civili del 1819 in cui la prescrizione per le azioni di nullità e rescissione era decennale, mentre pel codice vigente è quinquennale, nondimeno, essendo il quinquennio interamente decorso sotto l'attuale codice, rendesi applicabile rispetto al medesimo Erasmo, l'art. 47 delle leggi transitorie, in conseguenza la prescrizione quinquennale lo colpisce.

Nè gli appellanti possono invocare a loro favore l'art. 1302 del codice civile italiano e la nota massima *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*, imperocchè essi non sono i possessori degl'immobili controversi, che per conservare il loro possesso, respingono con la nullità dedotta la dimanda avversaria, ma invece sotto la forma di revindicacazione propongono l'azione di nullità per spossessare gli appellati Caliendo del loro acquisto.

Per le premesse ragioni adunque, la impugnata sentenza, la quale si uniformò ai principii sopra esposti, merita plauso, e deve essere rigettato l'appello surriferito.

....

Corte di Appello di Napoli — *30 dicembre 1896*

Capaldo *Pres. ed Est.*

Potenza — Banca Sorrentino

Donna maritata — Opposizione d'interessi — Autorizzazione giudiziale — Forme (art. 136 cod. civ. 799, 800 e 801 proc. civ.).

In tema di opposizione d'interessi fra coniugi l'autorizzazione giudiziale è validamente concessa con decreto su ricorso sottoscritto di accordo della moglie e

del marito o del loro legale pr curatore, sentito o non sentito il pubblico ministero secondo che la specialità della materia richieda o non richieda per legge le conclusioni del medesimo (1).

I lunghi e recenti dibattiti su tale questione dispensano da un largo svolgimento di essa, essendo ormai noti gli argomenti, che per l'uno o per l'altro opinamento, potrebbero a buon mercato e con facile lusso di erudizione, esser fatti.

Solo la Corte rileva che se è vero che ottimo interprete delle leggi è la consuetudine, *optima legum interpres consuetudo*, questa dall'introduzione dei nuovi codici sino a non guari che in dottrina si è creato il dubbio, avrebbe sanzionato il procedimento economico ed intimo degli espedienti volontarii, decisi su semplice ricorso e con semplice decreto, in tutti i casi di autorizzazione giudiziale alla donna maritata, che non fosse quello di rifiuto di consenso del marito.

Per vero nell'art. 799 del cod. di proc. civ. si legge che la domanda di autorizzazione giudiziale alla donna maritata nei casi indicati nell'art. 136 del codice civile deve proporsi con ricorso. E poichè questo articolo è scritto nel libro terzo, dove si dispone delle materie da trattare in camera di consiglio in via d'espediente volontario, così il detto articolo non si presta ad altra interpretazione che non sia quella di un riferimento puro e semplice alla forma ordinaria e consueta dei procedimenti di volontaria giurisdizione.

Segue l'art. 800 che prescrive la notificazione del ricorso al marito con citazione a comparire personalmente davanti il tribunale per esporre i motivi del rifiuto.

Ed allora, per chi legga senza il preconcetto di sottili disquisizioni, la conseguenza è questa:

che se i casi dell'autorizzazione giudiziale indicati nell'art. 136 del cod. civ., richiamato dall'art. 799 della proc. civ., sono tre: l'opposizione di interessi, la separazione personale, il rifiuto di consenso;

e se il successivo art. 800 proc. civ. subordina la comparizione personale del marito al solo fine d'esporre i motivi del rifiuto;

negli altri casi il marito possa far giungere il suo consenso al tribunale in altro modo di legge che non sia assolutamente quello della comparizione personale.

Nè a questa logica conseguenza che si desume dal confronto degli art. 799 e 800 del cod. procedura civile potrebbe opporsi quel « sentito il marito » che sta scritto nell'art. 136 del cod. civile; perchè non è infrequente nel linguaggio comune e nel linguaggio legale in ispecie, che si dica « sentire » altrui, quando anche questi senza il vivo della voce ci esponga i suoi pensieri. E così si dice

(1) Veggasi in questo fascicolo, pag. 27 la sentenza conforme della Corte di Cassazione di Napoli con i cenni di richiamo in nota.

« sentito il p. m., sentiti i procuratori, ecc. », quantunque i rappresentanti del p. m., ed i procuratori non abbiano fatto innanzi ai giudici alcuna discussione orale, ed abbiano esposte le loro ragioni e le loro difese solo in conclusioni o comparse scritte.

Ad eliminare la interpretazione che spontanea sorge dal coordinamento dei citati due art. 799 e 800 p. c., si è detto che col prevedersi il caso del rifiuto, piacque prevedere ciò che di frequente accade. Ma sembra innegabile invece, che se dei tre casi dell' art. 136 del cod. civ. l'articolo 800 della proc. ne ha preveduto uno solo l' inclusione di questo valga esclusione degli altri: e che mai come in questa congiuntura soccorrano le note regole d' ermeneutica legale: *inclusio unius est esclusio alterius; qui dicit de uno negat de altero.*

D'altra parte, alla suesposta intelligenza restrittiva dell'art. 800 concorrono e concordano gli articoli successivi, che ne svolgono e completano il concetto.

Così l' art. 801 prescrive che la sentenza che il tribunale pronunzia sulla domanda di autorizzazione contenga la menzione sommaria delle domande della moglie e delle risposte del marito; e l'art. 802 parla di appello contro la detta sentenza da notificarsi all'altra parte, e di ricorso e di controricorso; tutte cose coteste che presuppongono un disaccordo ed un conflitto tra chi domanda e chi nega diverso dal caso che il marito abbia fin dal bel principio prestato la sua adesione alla domanda della moglie.

Alla lettera corrisponde lo spirito e la ragione della legge, avvegnachè i predetti art. 800, 801, 802, con la citazione, col contraddittorio, con la sentenza, e coi gravami di cui in essi rispettivamente è parola, stabiliscono un vero e proprio procedimento contenzioso, che si comprende poco o nulla quando manca la lite e mancano i litiganti.

Si è detto in contrario senso che nel caso di opposizione di interessi la lite è *in re ipsa*, in quanto che il conflitto esiste nell'atto stesso di cui si domanda l'autorizzazione, e non lo crea il marito col diniego come non lo distrugge con l'adesione

Tutto ciò è verissimo. Ma appunto perchè il conflitto sorge dall'obbiettività delle cose e dalla provvidenza della legge, a dirimerlo sta l' autorità del magistrato, il quale, malgrado l' accordo dei coniugi, deve egli esaminare e convincersi se l' atto cui occorre la autorizzazione sia realmente necessario ed utile, o se non piuttosto sotto esso si celi il pregiudizio della moglie improvvidamente generosa o sollecitata o forzata dal marito.

Per riuscire a questo alto e benefico sindacato, assolutamente indipendente dal consenso del marito e della moglie, il magistrato non ha limiti di mezzi istruttori.

Epperò, quando alla stregua degli atti sottoposti al suo esame, egli dubiti della sincerità degli accordi, o creda più efficace il vivo della voce nel segreto della camera di consiglio per ottenere schiarimenti opportuni, nessuno gli vieta di ordinare la comparizione

personale dei coniugi; senza che perciò occorre fare di questa comparizione una regola aprioristica, generale ed assoluta, mentre tante volte, anzi il più delle volte, dagli atti del ricorso sorge senz' altro l' opportunità di accoglierlo od il consiglio di respingerlo. Alla opposizione di interessi tra coniugi non si può nè si deve attribuire importanza maggiore che alla tutela della dote, la cui salvezza il diritto latino sublimò, e dicasi pure esagerò ad interesse di Stato con lo storico motto *interest reipublicae.*

Ora se l'alienazione della dote e la compromissione delle ragioni dotali, disciplinate dall' art. 1405 del codice civile, si possono autorizzare dal tribunale mediante semplice decreto, sul consenso dei coniugi manifestato anche fuori la loro comparizione personale, e senza che nemmeno occorra che sia inteso il p. m., secondo la pratica costante ed indiscussa di tutti i giorni, non si comprende come in tema di opposizione tra gli interessi del marito e gli interessi parafernali della moglie, ed in difetto di un testo preciso di legge, si possa per via di interpretazione esser rigidi a pretendere comparizione personale di coniugi, sentenza formale di giudici ed intervento di pubblico potere.

Per queste sommarie ragioni la corte non crede disertare dalla più antica dottrina, che ritiene valida in tema di opposizione d' interessi tra coniugi l' autorizzazione giudiziale impartita con decreto su ricorso sottoscritto di accordo dalla moglie e dal marito o dal loro legale procuratore, sentito o non sentito il pubblico ministero secondo che la specialità della materia richiede per legge le conclusioni del medesimo.

Per questi motivi, ecc.

. . . .

CORTE D'APPELLO DI NAPOLI — *27 gennaio 1897*

NUNZIANTE *Pres.* — BIANCO *Est.*

Ric. Campiri

Albo dei procuratori — Cancellieri — Iscrizione (art. 99 Legge 8 giugno 1874)

I cancellieri e vice-cancellieri non possono essere iscritti nell' albo dei procuratori (1).

La Corte ha considerato:

Che una deliberazione del Consiglio di disciplina dei procuratori

(1) La Corte d' Appello, con la riportata sentenza, ha interpretato più esattamente la legge, negandole la estensione affatto arbitraria ritenuta dalla nostra Cassazione, la quale con la sentenza del 9 gennaio 1896 (*Mor. Giuridico* VI. 20) stabiliva la massima contraria.

del 14 settembre ultimo respinse la istanza di Alfonso Campiri di essere iscritto a quell'albo, sol perchè cancelliere di tribunale a riposo — Da questa deliberazione reclama alla Corte il Campiri, invocando una più esatta interpetrazione dell'art. 39 della legge, che regola l'esercizio delle professioni degli avvocati e procuratori dell'8 giugno 1874, ed una maggiore osservanza dell'art. 9 del regol. per l'esecuzione della legge sulla istituzione delle avvocature erariali del 28 nov. 1875.

Che una sana intelligenza del ricordato art. 39 non può essere che quella che traspare dalla limpida e piana dizione sua, non potuta non riconoscere dal Consiglio stesso, che cioè dalla sola pratica forense richiesta, tra le condizioni necessarie per la iscrizione all'albo, vanno dispensati i cancellieri e vice-cancelliere. — È proprio così formulato il numero 5° di quell'articolo, che segue gli altri, ove quelle condizicni sono indicate « Avere atteso per due anni almeno alla pratica forense presso un procuratore esercente.... Sono dispensati dalla pratica i cancellieri e vice-cancellieri delle Corti e dei tribunali ».

Che cosiffatta estensione costituente di certo una posizione privilegiata in pro di costoro, per una notissima norma di interpetrazione, non potrebbe essere estesa tanto da sottrarli all'adempimento di altre condizioni di legge, come quella scritta col n.° 4 dell'articolo stesso, senza che l'interpetre di suo talento sostituisca qualche cosa a quel che solo il legislatore ha voluto.

Che a ciò codesta interpetrazione estensiva si raggiunga, il richiamo all'art. 9 del regolamento per l'esecuzione della legge del novembre 1875 non vale, perocchè non è consentito invocare, per argomento di analogia, una disposizione d'una legge posteriore, che ha disciplinate, con altri intentimenti, istituzioni diverse, ad esplicazione d'una legge antecedente; quando in riguardo delle funzioni dei pro curatori erariali, in cerchia meno varia svolgentesi, par che quella disposizione fosse stata dettata.

Che a sminuire il valore delle cose più innanzi affermate, non è efficace l'ultima deduzione del reclamante, che alle disposizioni transitorie della legge sull'ordinamento giudiziario del 6 dicembre 1865, si richiama; contemplando la dispensa dalla laurea da quelle disposizioni concedute a coloro, che pria della legge del 18 febbraio 1861 esercitassero funzioni giudiziarie; e lui il Campiri, che nel 1854 iniziò la sua carriera negli uffici di Cancelleria, non può dire che esercitasse funzioni giudiziarie.

Udite le uniformi conclusioni del procurator generale:

La Corte in camera di Consiglio, sulla relazione del consigliere delegato, respinge il reclamo di Alfonso Campiri dalla deliberazione del Consiglio di disciplina dei procuratori di Napoli del 14 settembre 1896.

....

CORTE DI APPELLO DI NAPOLI (3ª Sez.) — *1 febbraio 1897.*

CAPALDO *Pres.* — CERAVOLO *Est.*

Grimaldi (avv. Parisi) c.º Siani (avv. Mascolo)

Enfiteusi — Natura del contratto — Iscrizione — Trascrizione — Canoni arretrati—Privilegio (art. 1556, 1560, 1565, 1932, 1958 c. c.). **Esecuzione immobiliare — Domanda in separazione — Spese privilegiate** (art. 1961 cod. civ.).

a) *Il carattere essenziale del contratto di enfiteusi è il patto con cui si obbliga il concessionario a migliorare il fondo concessogli in enfiteusi.*

b) *La iscrizione ipotecaria pubblicata a favore del concedente in danno del concessionario non muta la natura del contratto di enfiteusi.*

c) *Non è necessario trascrivere il contratto di enfiteusi, perchè il concedente non si spoglia del diritto di proprietà (1).*

d) *Il concedente ha privilegio per i canoni scaduti non solamente sui frutti naturali che si raccolgono nel fondo enfiteutico, ma anche sugli interessi dovuti dall' aggiudicatario sul prezzo di aggiudicazione del fondo enfiteutico (2).*

e) *La domanda in separazione è diretta a sottrarre parte della massa, e come tale non merita che le spese ad essa occorrenti siano rivalute con privilegio (3).*

Nel giudizio di graduazione promosso contro Salvatore Salvati, concorsero, tra gli altri, il Comune di Roccapiemonte, e Francesco Adinolfi.

Il primo chiese, in primo luogo, di essere riconosciuto quale domino diretto del casamento aggiudicato per lire 2105 a Pasquale Grimaldi, e ciò in virtù dell'atto pubblico di concessione 26 dicembre 1875. In secondo luogo di essere collocato con privilegio per i

---

(1) Contra: Luzzati (*Della Trascrizione*, vol. I, num. 131), il quale dice che il contratto di enfiteusi dev' essere trascritto, perchè per esso si trasferisce nell' enfiteuta un diritto reale capace d' ipoteca.

(2) Contra: Mirabelli, *Diritto dei Terzi*, vol. I. capitolo XII, num. 10.

(3) Questa massima è conforme alla legge. Come si rileva dall' art. 1961 codice civile, perché le spese si possano prelevare con privilegio del prezzo del fondo espropriato, occorre che esse siano fatte *nell' interesse comune dei creditori*, e s' intendono fatte nell' interesse comune quelle spese fatte da un solo o da più creditori, le quali avrebbero dovuto farsi da qualunque altro creditore per ottenere la espropriazione del debitore comune. Quell' interesse non dovrà presentare un carattere semplicemente transitorio e contingente; dovrà invece essere indiscutibilmente legato alla qualità di creditore e allo scopo che, come tale può un creditore proporsi quando voglia conservare una garanzia e tradurre questa garanzia nel campo pratico di attuazione. Così si sarà nei termini della legge, allorquando si applicherà il privilegio a quelle spese che qualunque dei creditori avrebbe dovuto fare, se avesse voluto agire per la conservazione e liquidazione del patrimonio del suo debitore, spese che gli saranno state risparmiate dal fatto di uno dei creditori, di avere agito nell'interesse di tutti.

F. Parisi

canoni dovuti come segue. A saldo dell'annata maturata a dì 31 dicembre 1893 lire 45. Annata 1894, e 1895 lire 404. Rata dal gennaio 1896 al 25 febbraio, cioè fino al giorno dell'aggiudicazione, lire 31.

L'Adinolfi chiese con privilegio il collocamento per lire 429,05, spese di giustizia, in virtù di sentenza del Tribunale Civile di Salerno 31 maggio 1895, e delle relative ordinanze di tassazione poste a carico della massa.

Il Giudice graduatore aderì alla richiesta dell'Adinolfi, ma per nulla provvide alla prima parte della richiesta del Comune di Roccapiemonte, mentre in quanto alla seconda parte, collocò tra i crediti cartolari le somme dovute per canoni. Laonde osservazioni degli interessati, e sulle stesse così decise la Sezione Feriale del Tribunale Civile di Salerno con sentenza del 9-15 settembre 1896. Ammise tra i privilegiati i canoni predetti; autorizzò il Grimaldi a ritenere dal prezzo di aggiudicazione il capitale corrispondente all'annuo canone; confermò il privilegio del credito Adinolfi.

Contro detta sentenza appellò in principale il Grimaldi, per tutto il suo contenuto, ed incidentalmente il Comune di Roccapiemonte, onde supplirsi all'omissione del Tribunale, dichiarare cioè l'aggiudicatario soggetto ai patti convenuti nell'istrumento di enfiteusi 1875.

Considerando che a torto il Grimaldi pretende, col principale motivo di appello, che si ritenga essere costituzione di rendita, e non già enfiteusi, la convenzione stipulata tra il Comune di Roccapiemonte e Salvatore Salvati coll'atto pubblico 26 dicembre 1875. Non soltanto la denominazione di enfiteusi, che le parti a quel contratto assegnarono, dimostra la tesi contraria al suddetto assunto, ma pure, e maggiormente, l'intrinseco suo contenuto, cioè la concessione in perpetuo del casamento ivi descritto, mercè un annua prestazione in danaro, e coll'obbligo dei miglioramenti.

Questa ultima clausola è chiaramente espressa nel patto sesto dello stipulato, e forma, fin dalla Costituzione Zenoniana (L. 1° C. De Iure emphiteutico) l'essenziale carattere della enfiteusi. Carattere che sempre più è dal contratto in disamina confermato; sia per essersi le parti riferite agli articoli 1562 e seguenti del codice civile, sia perchè trovasi ripetuto che solo dominio utile veniva il concessionario ad acquistare, e sia per gli altri patti convenuti, ed inerenti al laudemio, alla dissoluzione in caso di mancato pagamento del canone, ed alla rivalsa delle migliorie.

L'aggiunzione della ipoteca, e la omissione della trascrizione, sulle quali il Grimaldi pretende fondare principalmente le sue argomentazioni, non danno valore alla di lui assertiva; imperciocchè la prima serviva ad aumentare le cautele del concedente, da cui si volle, per lo stesso scopo, anche la garenzia solidale di un tal Giacomo Sammartino, e la seconda non è affatto necessaria, non essendo vero che il concedente si spogliò del diritto di proprietà. In ogni caso detta trascrizione sarebbe stata dello interesse del concessio-

nario l'eseguirla; donde la improponibilità di tale eccezione per parte di lui, e di tutti i suoi aventi causa, tra i quali è Grimaldi.

Nè poi osta al Comune, come si asserisce dal Grimaldi, il fatto proprio per avere domandato l'ammissione tra gli ipotecarii, mentre invece sta in fatto che l'ammissione fu dal Comune chiesta tra i privilegiati.

Considerando che in coordinamento al discusso motivo di appello principale, va pure valutato, ed accolto lo appello incidente del Comune di Roccapiemonte, il quale giustamente pretende che si dichiari l'aggiudicatario tenuto alla osservanza dei patti convenuti nello istrumento di concessione 26 dicembre 1875. Una volta che si stabilisce la qualità enfiteutica del casamento aggiudicato, è conseguenza di legge che l'acquirente debba osservare i patti sopra cennati.

Nè giova al Grimaldi evocare in contrario la virtù del bando pubblicato per la vendita, e dichiararsi estraneo a tutto ciò che ivi non si trova espresso. Imperciocchè nemmeno della enfiteusi in quel bando è cenno, eppure egli deve rispettarla, come avente causa del debitore espropriato, e salvo la indennità che gli è stata di già concessa. È un nuovo rapporto giuridico che si sostituisce mercè il concorso del Comune nella graduazione, e tale rapporto deve produrre tutte le sue legali conseguenze.

Non manca invece di giuridico fondamento quel capo dell'appello del Grimaldi, con cui lamenta l'ammissione del Comune di Roccapiemonte con privilegio per le annate di canoni; non già perchè questo privilegio sussista soltanto, come egli erroneamente sostiene, sui frutti maturati che si raccolgono nel fondo enfiteutico, sussistendo invece anche sugli interessi dovuti dall'aggiudicatario sul prezzo di aggiudicazione pei canoni scaduti, che come frutti civili tengono luogo di quei frutti naturali immobilizzati per virtù di legge dopo la trascrizione del precetto; ma perchè nella specie frutti immobilizzati non esistono, nessuno dei creditori avendo fatto osservazione al verbale di graduazione in quanto ritenne la massa composta del solo prezzo di aggiudicazione dei fondi venduti.

Or su tale prezzo i canoni non possono vantare privilegio, essendo questo per l'articolo 1958 N.° 1° del vigente Codice Civile, sotto il cui impero l'enfiteusi è stata costituita, limitati ai frutti, e per essi agli interessi del prezzo se ve ne fossero stati.

Sarebbe stato perfettamente legale la richiesta del Comune, e la istanza del Tribunale, al riguardo se si fosse trattato di applicare il diritto antico, pel quale i canoni del domino diretto si esigevano, *jure dominii*, e colpivano l'investitura; di modo che aggravavano l'immobile, lo seguivano in qualunque mano si trasmettesse, ed erano preferiti ai creditori, aventi espressa ipoteca anteriore *(Fulgines, De Jure emphyt.)*. Ma nell'odierno diritto, dopo molto contrasto sulla convenienza di abolire intieramente il contratto di enfiteusi, comecchè d'impedimento alla libertà dei dominii, venne lo stesso conservato coll'arredamento di clausole conciliative con la suddetta libertà,

e tra queste si debbono annoverare le disposizioni sopra indicate del Codice Civile, che l'illimitato privilegio nella esazione dei canoni restrinsero in rapporto ai futuri contratti, mentre per gli anteriori lo articolo 29 delle disposizioni transitorie le norme delle leggi anteriori ha confermate.

Senonchè, non essendovi nella specie frutti immobilizzati, bene il Comune di Roccapiemonte si avvisa subordinatamente conchiudere non già per la restrizione del privilegio ai detti frutti, ma bensì alla concessione del rango ipotecario acquisito con la iscrizione 20 febbraio 1878. Tale rango gli è dovuto per tutte le annualità domandate, non essendovene alcuna eccedente la disposizione contenuta nell'art. 2010 Codice Civile. Anzi per due annualità vi è pure la menzione espressa nella iscrizione eseguita in virtù dell'art. 3.° del contratto di enfiteusi.

Nè vi è la contraddizione affermata dal Grimaldi, ritenendosi il suddetto rango ipotecario, e nel tempo stesso la enfiteusi; essendosi già sopra osservato che la ipoteca era semplicemente una garenzia di pagamento, ed ora si aggiunge che quella è divenuta una prudente cautela dopo la restrizione del privilegio per la esazione dei canoni.

Considerando che l'appello principale si deve accogliere intieramente in relazione all'Adinolfi, a cui dal Tribunale si concesse, per la esazione di alcune spese di giudizio, un privilegio che non esiste nel giudicato, e nemmeno nella legge.

Risulta dalla sentenza della Prima Sezione del Tribunale Civile di Salerno 31 maggio 1895, nella quale detto Adinolfi ha fondata la sua domanda di concorso, che egli aveva conchiuso, nello interesse della sua cliente Teresa Franco, per lo accoglimento della di lei domanda in separazione, relativa a parte del fabbricato sottoposto alla spropriazione, e per la rivalsa delle spese con privilegio a carico della massa, e che il Tribunale non tenne conto di cotal privilegio; sicchè questo non compete per virtù di giudicato.

Nemmeno è dovuto per legge, imperciocchè la domanda in separazione è diretta a sottrarre parte della massa, e come tale non merita che le spese ad essa occorrenti siano rivalute con privilegio.

Considerato che le spese ecc.

....

TRIBUNALE DI NAPOLI (7.ª Sezione) — *30 dicembre 1896.*

(in grado di appello)

FLORES *P.* — MESSINA *Est.*

Alizieri c.° de Marinis

Abito — Commissione — Atto commerciale — Leggi commerciali Luogo della consegna o esecuzione — Competenza — Citazione (art. 54 cod. di com. 91 cod. proc. civ:).

a) *L'ordinativa di un abito costituisce un atto commerciale per la determinazione della competenza ancorchè sia tale a riguardo di una sola parte.*

b) *Hanno il carattere di legge commerciale non solo quelle regole stabilite dal legislatore per disciplinare unicamente rapporti di natura mercantile ma anche altre che sono contenute in disposizioni le quali non si attengono esclusivamente al traffico.*

c) *Per l' applicazione dell'art. 91 capoverso del cod. proc. civ. a riguardo di atti commerciali, sia pure per una sola parte, non si richiede che la citazione sia notificata in persona propria ma è necessario il simultaneo concorso della promessa e della consegna fatte entrambe nell'ambito del foro adito.*

Attesochè con citazione 13 giugno 1896 Marco Alizieri negoziante sarto, domiciliato in via Roma Palazzo Berio, nell'ambito del mandamento S. Ferdinando, in questa città, convenne, innanzi al Pretore del detto mandamento Luigi de Marinis domiciliato in Aversa per farlo condannare a pagargli lire 120 prezzo di un abito lavorato per il de Marinis. La citazione fu notificata in Aversa nel domicilio ma non in persona propria del convenuto. Questi eccepì che nell' ordinare l' abito compì non un atto di commercio, ma un negozio civile; e quindi, non essendo stato citato in persona propria nella giurisdizione del Mandamento S. Ferdinando, l' adito Pretore era, giusta l'art. 91 prima parte p. c., incompetente per territorio. Con sentenza 4 agosto il Pretore ritenne che trattandosi di una controversia relativa ad un atto commerciale per un solo dei litiganti fosse applicabile non il capoverso dell'art. 91 p. c. ma la prima parte dello stesso articolo. E poichè l'attore nel notificare la citazione non aveva ottemperato alle condizioni prescritte dalla detta prima parte, dell' art. 91 p. c. dichiarò la propria incompetenza. L' Alizieri con atto 12 novembre ne ha prodotto appello. All'udienza di spedizione delle cause i procuratori delle parti han fatto le surriferite conclusioni.

Attesochè le parti sono d' accordo nel riconoscere come nei rapporti dell'Alizieri la commissione dell'abito sia un atto commerciale. L' art. 54 cod. comm. statuisce che se l'atto è commerciale per una delle parti, tutt' i contraenti sono per ragione di esso sottoposti alla legge commerciale, salvo le disposizioni contrarie della legge. Hanno

il carattere di legge commerciale non solo quelle regole stabilite dai legislatore per disciplinare unicamente rapporti e negozi di natura mercantile, ma anche quelle disposizioni, le quali mentre si riferiscono al commercio, pure si trovano contenute in provvedimenti legislativi che nel loro insieme non sono destinati in modo specifico a regolare il traffico. Sicchè sono leggi commerciali non pure il codice di comm., il codice della marina mercantile, la legge sulle camere di commercio, quella sulle fiere e mercati e simili, ma pure il codice di proc. civ. in quanto determina innanzi a quali magistrati e con quali forme si debbono intentare e proseguire i giudizii relativi ad affari di commercio. Pertanto il capoverso dell'art. 91 è una legge commerciale, a cui sono soggetti in virtù del citato articolo 54 cod. comm. tanto l'Alizieri quanto il de Marinis. Di qui segue, che, se fosse vero che nell'ambito del mandamento S. Ferdinando fu fatta la promessa e la consegna della merce, o deve eseguirsi l'obbligazione, non ostante che il libello introduttivo del giudizio fosse stato notificato al de Marinis non in persona propria, e fuori la giurisdizione della pretura del mandamento di S. Ferdinando, tuttavia questo pretore sarebbe competente a conoscere dell'azione promossa dall'Alizieri.

In conferma di siffatta conclusione giova notare che il predetto capoverso dell'art. 91 riguarda le materie commerciali. Nel linguaggio del diritto positivo sono materie commerciali quelle che sono soggette alla legge ed alla giurisdizione commerciale.

Or sia che un contratto sia commerciale per tutt'i contraenti, sia che esso sia commerciale per un contraente e civile per l'altro, tutt'i contraenti sono per ragione di esso sottoposti alla legge commerciale (art. 54 cod. com.) e le azioni che ne derivano appartengono alla giurisdizione commerciale (art. 870 cod. comm.).

Laonde e nell'uno e nell'altro caso trattasi di materia commerciale e perciò l'attore commerciante anche quando il contratto sia civile per il convenuto può avvalersi della speciale competenza indicata dal citato capo dell'art. 91 proc. civ.

Nell'appellata sentenza il Pretore dopo aver ricordato che secondo il codice di comm. del 1865, se l'atto era commerciale per un solo dei contraenti, l'attore doveva sperimentare le sue ragioni innanzi al foro commerciale o a quello civile secondo che il convenuto era commerciante o meno, sostiene che anche sotto l'impero del vigente codice di commercio si debba in ordine alla competenza esaminare se l'atto sia civile per il convenuto, perchè gli articoli 54 e 870 cod. com. parlano della applicazione della legge commerciale e della giurisdizione commerciale, ma tacciono intorno alla competenza, anzi le parole « Salvo le disposizioni contrarie della legge » con cui termina l'art. 54 cod. comm. hanno lasciata intatta la disposizione racchiusa nella prima parte del summentovato articolo 91 proc. civ.

Senza ripetere le cose già dette, dalle quali risulta che per effetto della testuale disposizione degli articoli 54, 870 cod. comm. e

91 cap. proc. civ., questo capoverso dell' art. 91 proc. civ. è applicabile anche quando l' atto sia civile per il convenuto; e tralasciando di spendere molte parole intorno alla radicale differenza fra il contenuto degli articoli 91 e 725 del cod. di comm. del 1865, ed il disposto degli articoli 54 e 870 del vigente cod. di comm., perchè a rilevarla basta il semplice paragone dei suddetti articoli; l' accennata distinzione fra giurisdizione e competenza non regge, perchè essendo questa la misura della prima, i suoi limiti non si possono ricavare dalla materia che determina la giurisdizione. E stabilita la giurisdizione commerciale nel determinare la relativa competenza bisogna attenersi alle norme all' uopo statuite dal legislatore, e non argomentare dalle regole proprie della competenza delle materie civili; altrimenti si cade nell' errore in cui è incorso il Pretore con ammettere per lo stesso atto la giurisdizione commerciale e la competenza civile.

Attesochè per determinare la competenza speciale stabilita nel suddetto cap. dell' art. 91 p. c. non basti che si tratti di materia commerciale occorre ancora che il giudice adito sia quello del luogo in cui fu fatta la promessa o la consegna della merce, o deve eseguirsi l' obbligazione. L' appellante chiede d' essere ammesso a provare con testimoni il concorso di queste circostanze, ed articola all' uopo due capi di prova. E sebbene nel corpo della comparsa egli accenni che nell' ambito del mandamento S. Ferdinando fu fatta la promessa, e doveva aver luogo la consegna dell' abito, tuttavia nell' articolare il fatto segnato con la lettera *b*) accenna soltanto alla consegna. Ma, osserva bene il de Marinis, non basta il requisito della promessa o quello della consegna, occorre invece il simultaneo concorso dell' uno e dell' altro. Perchè la legge si serve della copulative *e*, non della disgiuntiva *o*, che nello stesso capoverso adopera per dinotare un caso diverso, e trattandosi di una competenza eccezionale l' interprete deve attenersi allo stretto significato delle parole.

E non gioverebbe per sostenere il contrario notare che secondo il disposto della prima parte dell'art. 91 proc. civ. basterebbe il luogo del contratto. Giacchè altro è un contratto civilmente perfezionato altro una semplice promessa commerciale, che diventa perfetta soltanto con la consegna della merce. Laonde a rendere utile la prova bisogna aggiungere nel capo di prova indicato con la lettera *b*) che anche la promessa dell'abito fu fatta nel negozio dell'Alizieri in via Roma. Per contrario nello stesso capo bisogna togliere le parole « per le consuetudini di Napoli » perchè per stabilire la competenza eccezionale di cui si disputa occorre che il luogo della consegna sia stato determinato dalle parti. Non solo la prova della consuetudine è di contratto frequente assai incerta, ma l' Alizieri dovrebbe ancora provare ch' egli non si allontana mai dalla pretesa consuetudine o almeno non se ne sia allontanato nel caso in esame. Il che vale provare l' accordo delle parti intorno al luogo della consegna.

. . . .

TRIBUNALE CIVILE DI NAPOLI (Sez. 4.ª) — *30 dicembre 1896*

[in grado di appello]

PERRONE ***Pres.*** — **FERRANTE** ***Est.***

Greco (avv. Parisi) c. Fabbricatore (avv. Lupi)

Fallimento — Credito ammesso provvisoriamente al passivo — Illiquido — Non compensabile (art. 766 e seg. cod. comm. 1287 cod. civile).

Il concetto giuridico della provvisoria ammissione al passivo del fallimento di un credito è fondato sulla incertezza della vera e reale ussistenza del medesimo. Quindi il credito non è liquido nè esigibile; e per conseguenza neppure compensabile (1).

Il Tribunale osserva in fatto che a seguito di ordinanza di tassazione di spese e compenso, 16 dicembre 1895, e relativa sentenza della Corte di Appello di Napoli 24 febbraio 1896, Raffaele Greco con atto dell'8 luglio ultimo, precettava Fabbricatore Giacomo pel pagamento di lire 484 e cent. 50 e nel contempo gli dichiarava, che sulla somma a pagarsi, avrebbe a lui rilasciato lire 227 e centesimi 80 quale percentuale di concordato al 20 0[0 sulle lire 1139 per cui era stato ammesso al passivo dello istante. Si opponeva il Fabbricatore al precetto, con atto del 10 stesso luglio, adducendo, che a termini del concordato la percentuale del 20 0[0 gli era dovuta sulla somma di lire 3443 risultante da due cambiali, una di lire 1139, ammessa definitivamente al passivo del fallimento di esso Greco, e l'altra di lire 2304, ammessa in via provvisoria. Chiedeva quindi si dichiarasse la compensazione del suo credito sino all'intera concorrenza di quello in precetto. A questa istanza resisteva il Greco, perchè non credeva si dovesse ritenere esigibile e quindi compensabile un credito ammesso provvisoriamente al passivo del fallimento. Così è contestata la lite innanzi al Pretore del Mandamento Mercato, interveniva la sentenza del 29 agosto ultimo di rigetto dell'opposizione. Ed è avverso questo giudicato che il Fabbricatore ha interposto appello, con atto del 17 ottobre prossimo passato, perchè sostiene che l'ammissione provvisoria di un credito è conseguenza diretta del principio di cui all'art. 324 cod. comm., ed i creditori in tal modo ammessi hanno diritto di esercitare senza limitazione ogni loro azione in sede di fallimento (art. 766 cod. di comm.); come

(1) Richiamiamo l'attenzione dei lettori su questa importante sentenza, che decide conformemente alla legge una quistione delicata di diritto commerciale, nuova, per quanto a noi consta, all'esame della giurisprudenza.

pure in caso di ripartizione giudiziale hanno del pari diritto ad ottenere la loro quota e partecipano al concordato (art. 833 citato codice.

Che bisognava intendere nella sua importanza giuridica la sentenza del Tribunale di Salerno, che, procedendo in sede di verifica di credito, ammise esso Fabbricatore al passivo del fallimento, definitivamente per lire 1339, e provvisoriamente per altre lire 2304 salvo al Greco il diritto di espletare una pruova testimoniale.

Osserva in diritto che l'opponente, per sostenere la sua tesi, non tien conto dello scopo dell'ammissione provvisoria e delle attribuzioni che per essa si concedono al creditore, e viene perciò a dare allo art. 766 codice di comm., un'interpetrazione ben diversa da quella che la lettera e lo spirito della disposizione legislativa consentono. Nel citato articolo, però è testualmente detto, che il creditore è ammesso provvisoriamente al passivo del fallimento affinchè possa rispetto al suo credito esercitare i suoi diritti nelle *deliberazioni* del fallimento. Ed è in conseguenza di questa facoltà che egli prende parte al concordato e concorre a formare la maggioranza dei creditori, ed interviene in tutte le adunanze alla pari degli altri. Ma per effetto delle conferite attribuzioni, che sono d'indole esclusivamente conservative, non consegue che il credito debba nella sua reale e veridica esistenza, ritenersi diverso da quello che è e che vien qualificato col fatto della provvisoria ammissione.

Basta un semplice sguardo alle disposizioni che concernono la verificazione dei crediti e mansioni che per esse vengono affidate al giudice delegato (art. 760 e seguenti cod. di comm.) per convincersi che la decisione di provvisoria ammissione di un credito, è conseguenza di un esame che si porta con l'aiuto di vari mezzi di prova sulle ragioni di contestazioni addotte e che il concetto giuridico quindi della provvisoria ammissione di un credito è fondato sulla incertezza della vera e reale sussistenza del medesimo.

Nella fattispecie poi, a riaffermare un tale concetto oltre. all'esame per cui il giudice delegato si determinò a rinviare le parti innanzi alla competente autorità (art. 763 citato codice) concorre anche un giudicato di questa autorità, che trovò indispensabile il sussidio di una prova testimoniale. Adunque il credito originario del Fabbricatore, deve ritenersi tutt'altro che esigibile e compensabile, e lo stesso è a dirsi per la percentuale che da esso dipende. Questa è governata dal medesimo concetto del provvedimento di indole conservativa.

E come nella ripartizione dell'attivo l'art. 812 citato codice dispone che non si possa procedere a veruna ripartizione senza riservare e depositare la porzione corrispondente per i crediti, sull'ammissione dei quali non sia stato definitivamente pronunziato, lo stesso non può non seguire per la percentuale nel caso che intervenga il concordato.

Che il Fabbricatore ha asserito, ma non dimostrato con la produzione della citata sentenza del Tribunale di Salerno, che la prova

testimoniale fu ammessa, senza soffermare allo stato la condanna al pagamento della intera somma dovuta.

Che non è in fine in questa sede che egli può far valere quanto adduce in base all' art. 324 codice di comm.

Per questi motivi il Tribunale respinge l'appello.

. . . .

Rivista di Giurisprudenza

Cass. Firenze 10 dicembre 1896—*Pres.* Cesarini—*Est.* Capoquadri = Ferrovie Meridionali c.° Angheben.

Strade ferrate—Viaggiatori—Lesioni — Responsabilità— Azione nascente dal contratto di trasporto—Dritto a proporla contro il capo-stazione di partenza o di arrivo—Applicabilità dell' art. 872 cod. comm.

Fra gli obblighi che l'amministrazione ferroviaria si assume mediante il contratto di trasporto, oltre quello di trasportare le persone nel tempo e col mezzo promesso, havvi pur quello di tutelare e conservare, per quanto da lei dipende, la personale integrità o incolumità del viaggiatore durante il viaggio.

Epperciò ogni qualvolta un viaggiatore vien leso nel tragitto che percorre per un fatto comunque imputabile all' amministrazione ferroviaria, l' azione che ne deriva pel risarcimento del danno arrecato, trae sempre il suo fondamento dal contratto di trasporto, ed è rettamente proposta contro il capo-stazione del luogo di partenza o di arrivo, a sensi dell'art. 872 cod. comm. *(Il Giurista*, VII, 14).

App. Genova 15 dicembre 1896.—*Pres. ed Est.* Gagliardi = Ronco c.° Fallimento Pellegrini ed altri.

Giudizio di graduazione—Appello—Notificazione dell'atto diretta alla parte, anzichè al procuratore—Art. 725 cod. proc. civ.—Nullità.

È nullo l atto di appello contro sentenza pronunciata in giudizio di graduazione, se la notificazione è diretta alla parte, anzichè al suo procuratore in causa, e quantunque, per non essersi trovata la parte, l'atto sia stato rilasciato a mani del procuratore. *(ivi*, VII, 31)

App. Genova 15 dicembre 1896—*Pres.* Gagliardi—*Est.* Duodo = Credito italiano c.° Dellepiane.

Donna maritata—Art. 136 cod. civ.—Autorizzazione giudiziale—Modo in cui va accordata — Necessità di una sentenza e delle formalità degli art. 800 e 801 cod. proc. civ. — Specie.

L' autorizzazione giudiziale alla donna maritata deve essere accordata con *sentenza* , sentito il Pubblico Ministero , e sentito o debitamente citato il marito in camera di consiglio, non solo nel *primo* caso previsto dall' art. 136 cod. civ., quando cioè il marito *ricusi* l'autorizzazione, ma anche negli altri *due casi* d'opposizione d' interesse e stato di separazione per colpa della moglie, o per colpa di entrambi i coniugi, o per mutuo consenso.

È nulla l' autorizzazione accordata dal Tribunale senza l' osservanza di dette formalità, quand' anche il marito abbia firmata la domanda della moglie.

Nella specie è nulla l'ipoteca consentita dalla moglie sopra stabilita di sua proprietà a favore di un istituto bancario e a garenzia del credito che questo istituto vantava verso il marito, se l'autorizzazione del Tribunale fu data con semplice provvedimento, senza omettere una formale sentenza, senza l'audizione del marito e senza il voto del Pubblico Ministero. *(ivi,* VII, 36)

Cass. Torino, 15 dicembre 1896—Boggio c. Sola.

Fallimento—Ipoteche giudiziali—Frode—Presunzione

La presunzione di frode non ha luogo per le ipoteche giudiziali nascenti da sentenze pronunciate contro il fallito dopo la cessazione dei pagamenti, e prima della dichiarazione di fallimento: art. 709 n. 4, cod. comm.

L'art. 709, n. 4, cod. comm. non è riferibile alle ipoteche giudiziali.

Non osta la possibilità di una simulazione, di procurarsi artificiosamente un'ipoteca giudiziale per coprire la stimulazione di un'ipoteca convenzionale: a questo provvede l'articolo 708 cod. comm., dandosi la prova della simulazione fraudolenta da ambe le parti, se non si tratta di atto a titolo gratuito *(Giorn. de' Fall.* III, 41 *)*.

App. Genova, 23 dicembre 1896,—Gagliardi *Pres.*—Lago *Est.*=Càrena contro Molinari.

Prova testimoniale—Mandatario—Capacità a deporre come testimonio—Precedente attestazione giurata—Termine per la prova contraria su fatti nuovi.

Il mandatario *ad negotia* può essere sentito come testimonio sopra gli affari che il suo mandante abbia compiuto personalmente, senza l'intervento di lui.

Una persona già stata sentita con giuramento in un'attestazione stragiudiziale non è incapace a deporre come testimonio in giudizio.

La prova contraria, anche su fatti nuovi, deve seguire nell'unico termine assegnato per la prova principale *(Gazz. Giud. Ital.* I, 28*)*.

Cass. Roma, 7 gennaio 1897—Ghiglieri *P. Pres.*—Petrella *Est.*—Filippi. c. Banca popolare segestana.

Esecuzione per rilascio d'immobili—Custode—Usciere—Mandato—Indennità di custodia—art. 748 cod. proc. civ.

Il custode giudiziale nominato ai sensi dell'art. 748 cod. di proc. civile per il pagamento delle indennità di custodia ha diritto di rivolgersi all'aggiudicatario che per effetto del mandato da lui conferito all'usciere di immetterlo nel possesso del fondo nelle forme di legge è tenuto a pagare, salvo a lui la rivalsa verso la parte condannata al rilascio *(Giurisp. Ital.* XLIX, I, 1, 12*)*.

Cass. Genova 25 gennaio 1897—*Pres.* Gagliardi — *Est.* Adorni = Magnani c Ravani e Raffo.

Spese giudiziali — Assegnazione chiesta dal procuratore a termini dell'art. 373 cod. proc. civ.—Sentenza che non accoglie l'istanza — Dritto del procuratore ad appellare direttamente—Ammissibilità del gravame per il solo capo delle spese—Compensazione delle spese anticipate col credito della controparte—Inapplicabilità—Limiti all'assegnazione.

Il procuratore che ha chiesto l'assegnazione a suo favore delle spese giudiziali anticipate a tenore dell'art. 373 cod. proc. civ., ha diritto d'interporre di-

rettamente e in suo nome appello, se la sentenza non accoglie la sua istanza. o compensa le spese.

Il giudizio d'appello può instaurarsi anche quando si faccia solamente gravame per il capo delle spese.

Non è ammissibile la compensazione tra le spese anticipate dal procuratore, per le quali abbia chiesta assegnazione, ed il credito della controparte soccombente.

L'assegnazione non può estendersi a tutte le spese ed onorari, ma solo a quelle spese e somma che il procuratore abbia effettivamente anticipate. *(Il Giurista*, VII, 39).

PARTE TERZA — BIBLIOGRAFIE

Avv. Luigi Buccelli — *Il Codice di Procedura Civile del regno d'Italia, illustrato con la Giurisprudenza.* — Tip. Gazz. Dritto e Giuris. Via Tribunali 276, Napoli, 1896.

Di questa importante e utile opera sono usciti i fascicoli IV e V, che contengono il commento degli articoli 566 a 579.

Annali di Statistica — Atti della Commissione per la statistica giudiziaria civile e penale. Sessione del giugno 1897 — Roma 1897 L. 3.

Camous cav. Adolfo — *Il codice di Procedura Civile Italiano* coordinato alle leggi affini e alla giurisprudenza col richiamo articolo per articolo delle disposizioni relative, delle circolari, degli antichi decreti, ordinanze ed editti che servirono alla compilazione del codice di procedura civile francese, degli articoli del codice stesso, dei paragrafi delle regie costituzioni sarde del 1770 e del regolamento del processo civile austriaco, nonchè delle convenzioni internazionali delle relazioni sui codici del 1854, 1859 e 1865, delle discussioni parlamentari dei processi verbali delle commissioni — Vol. IV. — Torino 1897 = Fratelli Canonico Editori. L. 6,25. Con questo volume si completa questa utile e pratica pnbblicazione. Esso contiene un copioso indice alfabetico e analitico, che agevola molto i lettori nella ricerca delle quistioni da esaminare.

Si annunzia prossima la pubblicazione del *Codice di Commercio* e delle *Leggi di bollo e registro,* coordinate dallo stesso Autore.

Fassa avv. Cesare—*I miglioramenti del terzo possessore nel fondo espropriato.* Roma, Società Editrice Laziale 1897.—È una pregevole monografia divisa in sette paragrafi, nei quali l'A. tratta: § I. Effetti dell'ipoteca riguardo al terzo possessore; § II. Diritto alla operazione dei miglioramenti; § III. Definizione del terzo possessore; § IV. Possesso a titolo di dominio; § V. Qualità di terzo; § VI. Effetti dell'accollo del contratto di compra-vendita, senza intervento dei creditori ipotecari; § VII. Valutazione dei miglioramenti a favore del terzo possessore.

Mussolino P. Aurelio—*De Partu vivo et vitali.* Bologna 1896. È un' accurata monografia in cui l'A. combatte la teoria sostenuta da taluni pandettisti e da parecchi giuristi odierni, i quali affermano che l'infante, nato prima del 180° giorno dalla celebrazione del matrimonio, deve ritenersi, *ipso jure*, abortito, non vitale.

PARTE PRIMA — DOTTRINA

La perenzione d'istanza in relazione agli articoli 234 abolito Codice e 324 vigente Codice di Commercio

Sono colpite dalla perenzione le sentenze di condanna emesse in base agli articoli 234 abolito Codice di commercio e 324 vigente Codice, quando vien trascurato il prosieguo del giudizio sulle eccezioni del convenuto, ovvero questo procedimento solamente rimane perento, salvi gli effetti della già pronunziata condanna?

Questa nuovissima quistione di diritto, non trattata da alcun commentatore dei codici di procedura e di commercio, venne la prima volta a cognizione della Corte di Cassazione di Napoli, che nella causa Tortora e Lo Vecchio, con decisione del 10 giugno 1891, ritenne, che la perenzione travolgesse nei suoi effetti anche la sentenza di condanna, perchè provvisoria (1).

---

(1) Presidente S. E. Mirabelli, est. l'Ill. Cons. Passarelli (*Gazz. del Proc.* anno XXV. pag. 4).

Per avere un'idea completa della quistione, e della diversità delle opinioni, conviene riportare integralmente la precedente sentenza della Cassazione:

« Che i primi quattro mezzi del ricorso contengono unica proposizione; quella cioè che la sentenza in linea provvisoria data dal Tribunale di Commercio, secondo il Codice di Comm. del 1865, fosse a reputarsi definitiva, non ostante contenesse l'obbligo all'attore di dare cauzione per la somma domandata nel caso volesse porre in esecuzione la condanna ed esigere dal convenuto la somma, e l'obbligo nello stesso creditore di far procedere alla verificazione della firma del condannato coi mezzi nella stessa sentenza disposti.

« E da questa proposizione, che ritiene esatta, trae la conseguenza, che non fosse possibile la perenzione della istanza primitiva nel caso l'attore abbandonasse la procedura per oltre un anno e mezzo, non facendo durante questo periodo nessun atto per eseguire la disposta istruzione.

« Questa maniera di argomentare però non si rinviene per nessun modo conforme alla legge, onde non può essere accolta da questo supremo Collegio.

« Innanzi tutto ritiene il ricorrente che la istruzione per la verificazione ordinata dal Tribunale sia disposizione affatto distinta e separata dalla condanna al pagamento, e che disposta solo a favore del convenuto possa valere, se approdasse alla falsità della firma, a far revocare la condanna contro di lui già definitivamente pronunziata, come condizione risolutiva della stessa, facendola per contro rimaner salda se risultasse vera.

« Ciò però non è punto esatto, e quindi non sono esatte le conseguenze che lo stesso ricorrente ne viene traendo.

« Pria di ogni altra osservazione è da scartare in modo assoluto il concetto di condanne definitive e revocabili dallo stesso giudice, come sono le provvisorie, perchè non si attaglia al sistema dei giudizii accolto ed adottato dalle vigenti legislazioni, che consente una sola ed unica decisione.

« Ma in secondo ordine vuolsi por mente, che solo per speciale favore al com-

Ora nella causa Lo Vecchio-Musti e Diana, trattata il 5 marzo volgente, la Corte di Cassazione di Napoli (1), ha proclamato la stessa massima, e in attesa di leggere le considerazioni, con cui è stata ribadita la precedente decisione, vogliamo esporre le ragioni, con le quali, con fortuna giudiziaria avversa finora (2), sostenemmo la tesi opposta, che ci sembra più conforme alla verità giuridica.

Conveniamo nei principì oramai concordemente accettati dalla dottrina e dalla giureprudenza, che quante volte l'istanza è pendente va soggetta alla falce della perenzione; nè valgono a salvarla le sentenze preparatorie od istruttorie, che abbiano deciso una quistione pregiudiziale, di rito o di competenza, od abbiano ordinato le pruove atte ad assodare la sussistenza del diritto controverso.

---

mercio la legge ha voluto consentire, che ancor quando il più eminente titolo commerciale—la cambiale—sia impugnata, possa il giudice pria di verificarne la verità, profferir la condanna, mediante cauzione che assicuri gli eventi della lite all'esito della istruzione.

« Questo provvedimento adottato per impedire le dilatorie eccezioni dei debitori convenuti, e rendere più sicura la posizione dei commercianti nella esazione dei loro crediti, non intese punto mutare la sostanza immutabile delle cose; cioè che il debitore non possa essere definitivamente condannato, se non quando il titolo del suo debito sia stato riconosciuto materialmente vero e giuridicamente efficace.

« Laonde in questi casi—anco se il giudice non lo dice espressamente — le condanne si ritengono provvisoriamente date per essere o revocate o confermate definitivamente all'esito della disposta istruzione.

« Laonde pei casi comuni la condanna non può darsi quando il titolo privato non sia riconosciuto, se impugnato, e per le domande fondate su cambiali l'articolo 234 del Codice di Commercio del 1865 ed il 324 del Codice vigente permettono la condanna, ma revocabile quando la verifica faccia risultare la falsità della firma del condannato.

« La verifica adunque nei suoi risultati e nei criterii, che su di essi può fondare il giudice, compie il giudizio definitivo sulla istanza, e non può perciò giammai riguardarsi come una istruzione quasi straniera alla causa su eccezione che accolta faccia risolvere la sentenza, secondo la fallace teorica del ricorrente.

« Ora se questa forma di pronunziato non può avere carattere di definitiva decisione sulla istanza, la quale rimane tuttavia pendente per essere o accolta o reietta dopo la verificazione, è logico, legale, e più che razionale il concludere che quella sentenza non contenga se non provvedimenti rivocabili non punto definitivi. E se la istanza per questo rimane viva, non v'ha ragione per sottrarla alla perenzione, che la legge nel pubblico interesse ha creduto di adottare.

« Nè valga l'osservare, che qualora la verifica pruovi la verità della firma, la condanna senz'altro rimanga ferma, perchè ciò non è esatto, in quanto che in questo caso occorre una apposita dichiarazione del giudice, che, mutando il precedente pronunziato provvisorio in definitivo, liberi il creditore dall'obbligo della cauzione cui l'ebbe sottoposto. Onde nell'un caso come nell'altro occorre indispensabilmente una novella pronunzia del magistrato che, secondo i casi, o definitivamente confermi o rivochi il pronunziato precedente, per attribuire la cauzione o al debitore o al creditore che rimanga vincitore.

« Le teorica adunque proclamata dal ricorrente è del tutto erronea, e però le censure fatte alla Corte di merito, che non le ha seguite, e per vece accolte quelle superiormente enunciate, vogliono respingersi.

(1) Pres: S. E. Ciampa, relat: l'Ill. Cons. Abatemarco, P. M. Gargiulo (concl. conf.).

(2) La sentenza è di annullamento, è quindi possibile che l'ultima parola sulla quistione sia detta dalla Cassazione di Roma a Sezioni Unite.

Ma ciò premesso domandiamo:

Le sentenze di condanna, che si emettevano in base dell'art. 234 abolito Codice di commercio, e che ora si emettono in base dell'art. 324 del nuovo Codice del 1882, si possono considerare semplicemente come sentenze preparatorie od interlocutorie, e non contengono, per vece, pure una disposizione che resta immune dalla perenzione?

Non esitiamo a rispondere negativamente alla prima parte della dimanda ed affermativamente alla seconda.

Soccorre anzitutto alla nostra tesi la disposizione testuale della legge, che, nell'art. 341 Codice di procedura civile, dichiara immuni dalla perenzione gli *effetti* delle sentenze. E quale effetto maggiore di quello di una sentenza che *condanna* al pagamento, e che produce l'iscrizione giudiziale?

Ed è da respingere assolutamente l'assunto propugnato dai sostenitori dell'avversa tesi, che gli effetti delle sentenze fatti salvi dall'art. 341 Cod. proc. civ. sieno semplicemente quelli delle sentenze definitive.

Quando si tratti di sentenze definitive, è inutile più parlare di perenzione. E se il legislatore ha salvato dalla perenzione gli effetti delle sentenze, evidentemente ha avuto in mira quelle pronunzie, che pur non esaurendo definitivamente l'istanza, hanno deciso un punto controverso, hanno emesso una disposizione, la quale deve fare stato nel corso ulteriore del giudizio, e deve ricevere tutta la esplicazione, di cui è capace.

Or le condanne emesse in base agli articoli 234 e 324 del vecchio e nuovo Codice di commercio, possono esser travolte dalla perenzione del giudizio, in prosieguo del quale sia stata rinviata la cognizione delle eccezioni del debitore contro il titolo cambiario?

La Corte di Cassazione di Napoli nella precedente decisione affermò il principio, che nella specie si trattasse di condanna provvisoria, e che fosse da scartare il concetto di una *condanna definitiva e rivocabile dallo stesso giudice, perchè non si attaglia al sistema dei giudizî accolto ed adottato dalle' vigenti legislazioni, che consente una sola ed unica decisione.*

Vero, verissimo il principio professato dal Supremo Collegio, circa il sistema generale dell'unica decisione sull'azione e sulle eccezioni, che però non ci sembra esclusivo delle vigenti legislazioni, ma comune alle legislazioni di tutti i tempi e di tutti i luoghi. Ma non è proprio una eccezione al principio quella sancita, per speciale favore al commercio, dagli art. 234 e 324 del vecchio e nuovo Codice? In forza di queste disposizioni il magistrato, di fronte all'esercizio dell'azione cambiaria, non può non emettere la condanna del debitore. È questa una sentenza, che può esplicare tutti gli effetti di cui è capace decisione di magistrato. In base di essa può il creditore esperire ogni azione in via di esecuzione mobiliare ed immobiliare, può far iscrivere ipoteche contro il debitore, può, in una parola, costringerlo per ogni via di legge al pagamento, può validamente esser pagato.

Questa si può ben chiamare una sentenza definitiva, non già nel senso di una sentenza irrevocabile, ma nel senso di una sentenza, che aggiudica la dimanda, e avversativamente al concetto di una sentenza preparatoria od interlocutoria preordinata semplicemente al fine dell'istruzione sul diritto controverso.

Ma contemporaneamente alla inevitabile condanna del debitore, il magistrato, per le medesime disposizioni degli art. 234 e 324, deve rinviare in prosecuzione del giudizio la cognizione delle eccezioni da lui proposte contro il titolo cambiario.

E se dalle disposte istruzioni risulti il fondamento di quelle eccezioni, è lo stesso magistrato, che deve revocare la precedente emessa condanna; mentre che se le eccezioni si dimostrino infondate, non v'è altro a fare, che queste rigettare, e nell'uno caso o nell'altro provvedere allo svincolo o all' attribuzione delle garanzie, che per avventura sieno state imposte.

Se queste sono le disposizioni della legge, a noi non sembra repugnante il concetto di una sentenza definitiva, o meglio terminativa del giudizio, in quanto dichiara il diritto della attore e ne accoglie la dimanda, non ostante che possa in seguito esser rivocata dallo stesso magistrato che l'ha emessa.

Quello che sosteniamo risponde pure alla dizione degli articoli 234 e 324, ed al senso grammaticale, logico e giuridico che ne promana.

L'art. 234 abolito Codice di commercio diceva:

« *Le eccezioni personali al possessore non possono ritardare*
« *il pagamento della lettera di cambio, se non sono liquide o di*
« *pronta soluzione; ove siano di più lunga indagine, la discus-*
« *sione ne è rimandata in prosecuzione del giudizio e intanto non*
« *viene ritardata* LA CONDANNA *al pagamento, con cauzione o senza*
« *secondo il prudente criterio del giudice* ».

L' art. 324 vigente Codice di comm. suona presso a poco nello stesso modo, e, in armonia alla virtù di titolo esecutivo attribuita alle cambiali, dispone, che ove le eccezioni contro il titolo cambiario sieno di lunga indagine, *la discussione ne è rimandata in prosecuzione del giudizio, e intanto ha luogo la esecuzione* O LA CONDANNA *al pagamento, con cauzione o senza, secondo l' apprezzamento del giudice.*

Dunque: *non viene ritardata la condanna, ha luogo la condanna.* E se pur si voglia stare rigorosamente al concetto, che informa il sistema dei giudizì, dell'unica decisione, non è questa contenuta *nella condanna* che non *si poteva soffermare* secondo l'espressione del Codice del 1865, e che *deve sempre aver luogo* secondo la dicitura del Codice del 1882?

Nè varrebbe osservare che le condanne emesse in base alle disposizioni in esame sieno provvisorie. S' intende bene tanto secondo l' art. 234 Codice abolito, quanto secondo l' art. 324 Codice vigente, che la condanna può essere revocata; ma finchè non lo sia essa in nulla differisce da un' ordinaria condanna.

La sentenza intanto produce l' *actio iudicati*, perocchè questa non consiste nell'azione derivante dalla *cosa giudicata*, cioè dal giudicato irretrattabile, ma nell'azione che conferisce una sentenza di magistrato *eseguibile*, per la quale, come per effetto di novazione, non vi è più bisogno di riferimento al titolo dell'obbligazione.

Emessa la condanna in favore del creditore attore, il prosieguo del giudizio ha per obbietto la cognizione delle eccezioni del convenuto, divenuto oramai attore sia pel principio generale *reus in excipiendo fit actor*, sia per la specialissima disposizione della legge positiva commerciale, che lo ha messo nella condizione di ripetere con istanza, che ha valore quasi di una domanda riconvenzionale, o di restituzione d'indebito, ciò che non ha potuto evitare di pagare.

Il concetto della ripetizione d'indebito è seguito dall'avvocato Scevola nel suo commento al titolo X del codice di comm. (1) con queste parole: « *Pare a noi che la mera impugnativa della firma* « *della cambiale debbasi porre nel novero di quelle eccezioni, che* « *di fronte ai rigorosi termini dell' art. 324 non sono opponibili* « *nel procedimento cambiario contro la dimanda di pagamento* « *della cambiale, ma che si possono soltanto far valere in seguito* « *al medesimo mediante ripetizione d' indebito.* »

E se avvenga che le eccezioni del debitore risultino fondate, la nuova sentenza, che lo riconosca, non opera diversamente di come il verificamento della condizione risolutiva, per le obbligazioni che vi sono sottoposte.

Se invece le eccezioni del debitore si dimostrino infondate, non v'ha alcun bisogno di confermare la precedente sentenza, che conserva il pieno vigore di cui era già rivestita; e non occorrebbe altro se non di provvedere allo svincolo della cauzione, che per avventura fosse stata imposta all' attore (2).

Premessi questi principî, se dopo profferita la sentenza di condanna del debitore e di rinvio delle sue eccezioni in prosieguo del giudizio, si avvera la stasi della procedura oltre il termine fissato dalla legge, a danno di chi si verifica la perenzione? Del creditore che ha ottenuto in suo favore la sentenza di condanna, o del debitore, che ha trascurato di proseguire il giudizio per la cognizione delle proposte eccezioni?

Che cosa rimane colpito dalla perenzione: l'istanza primordiale del creditore pel pagamento, sulla quale è intervenuta la sentenza definitiva, o se meglio voglia dirsi, terminativa di condanna, ovvero il giudizio sulla cognizione delle eccezioni del debitore?

Così messa la quistione, la risposta non ci sembra che possa esser dubbia nel senso della tesi da noi propugnata.

La perenzione colpisce l' istanza pendente: quando l' istanza è stata raccolta dalla sentenza, non è più a parlare di perenzione. Sia

---

(1) Un. Tip. Ed. Tor. 1889 sull'art. 324 pag. 229.

(2) Vidari, VII, pag. 703.

pure che si tratti di una sentenza rivocabile, e dallo stesso magistrato che l'ha pronunziata; ma non è perciò meno una sentenza, che produce, mercè l'*actio iudicati*, tutti i suoi effetti, i quali in ogni caso sono salvi dalla perenzione per la testuale disposizione dell'art. 341 cod. proc. civ.

Nè si può in alcun modo accettare la teoria, che, non proseguendosi il giudizio, le sentenze provvisionali emanate *restino delle pure dichiarazioni giudiziali astratte incapaci di effetti giuridici.* Che eresie sono queste! Una sentenza, che condanna, in base della quale si può agire per tutte le vie di diritto, si può iscrivere ipoteca, si può esser pagato, sarebbe una dichiarazione astratta, incapace di effetti giuridici!

Una sentenza definitiva in primo grado di giurisdizione, in base alla quale pure si può agire in tutti i modi, con l'*actio iudicati*, non è meno rivocabile in appello, e può pure essere messa nel nulla dagli altri gravami ordinarii e straordinarii stabiliti dalla legge.

Eppure, in pendenza dei gravami, non si dice che sia pendente l'istanza primordiale dell'attore, ma il gravame, e la perenzione mortifica non la dimanda, sulla quale è intervenuta la sentenza terminativa, ma il gravame, e la sentenza acquista virtù di cosa giudicata.

Quì sono da applicare gli stessi principî ritenuti dalla dottrina e dalla giurisprudenza in ordine alla perenzione dell'opposizione.

Nel silenzio della legge, che nell'art. 341 cod. proc. civ., nei giudizî di appello e rivocazione dà, nel caso di perenzione, valore di cosa giudicata alla sentenza impugnata, e tace dell'opposizione, si dubitò se lo stesso effetto per la perenzione di questa si avesse a verificare. « E si è sostenuta l'affermativa—così il Ricci (1) — rispondendo all'obbiezione, che il capoverso dell'art. 341 della pro-
« cedura non sancisce già la perenzione dell'appello o della rivoca-
« zione, la quale trovasi compresa nella generale disposizione del-
« l'art. 338, ma limita soltanto gli effetti della perenzione stessa pel
« caso sia intervenuta sentenza, che abbia modificato la prima. Ond'è
« che la perenzione dell'istanza d'opposizione devesi desumere dal
« principio generale sancito dall'art. 338, indipendentemente da
« quanto disponesi nell'art. 341. Nè la limitazione, stabilita in rap-
« porto agli altri due giudizî d'appello e rivocazione, sarebbe stata
« applicabile a quello d'opposizione a sentenza contumaciale, poichè
« tolto di mezzo l'ostacolo dell'opposizione, la sentenza stessa diviene
« esecutiva ».

Ora non dissimile dalla condizione dell'opponente a sentenza contumaciale è quella del resistente all'azione cambiaria, su cui è intervenuta la sentenza di condanna in base agli articoli 234 e 324 in esame.

Anche lui mira a far rivocare una sentenza, con un procedi-

---

(1) Comm. al Cod. di proc. civ. I pag. 527.

mento sopravvissuto alla emissione della stessa, e tolto di mezzo con la perenzione il procedimento, non per questo la virtù della sentenza può essere scossa.

Potrebbe forse dubitarsi, se caducato con la perenzione il procedimento d'istruzione sulle eccezioni del convenuto, possano le stesse riproporsi ulteriormente, ove ne sia il caso, appunto perchè si tratta di eccezioni; ma non si può ammettere che la perenzione involga nei suoi effetti anche la sentenza di condanna.

E se per virtù della sentenza il creditore ottenga, con lo sperimento delle vie coercitive di legge, il pagamento, quale effetto si vorrebbe dai sostenitori dell'avversa tesi, far sortire alla perenzione? Che il creditore sia tenuto alla restituzione dell'indebito? E si può dire indebitamente esatto ciò che lo è stato in virtù di un giusto titolo, qual'è una sentenza di magistrato?

Alla restituzione dell'indebito esatto il possessore del titolo cambiario potrebbe solo esser costretto nel caso che, riconoscendosi fondate le eccezioni del convenuto, sia rivocata con posteriore sentenza la primitiva sentenza di condanna. Ma se questa ipotesi è resa impossibile, o per lo meno allontanata, per la perenzione del procedimento d'istruzione sulle eccezioni del debitore, perchè si dovrebbe ritenere caducata la sentenza di condanna, e tenuto il creditore alla restituzione di un credito, che il titolo cambiario dimostrava legittimo e che le eccezioni del convenuto non hanno dimostrato illegittimo?

E se non può pretendersi la restituzione del pagamento, non può nemmeno richiedersi la cancellazione dell'ipoteca giudiziale, che conserva per virtù di legge i suoi effetti per un trentennio, quando non sia revocata la sentenza, per effetto della quale è stata iscritta.

Bisogna pure aver riguardo nella risoluzione della quistione allo spirito informativo dell'istituto della perenzione e degli articoli 234 e 324 vecchio e nuovo codice di commercio.

La perenzione, introdotta dal diritto giustinianeo per non eternare le liti, e dare stabilità ai rapporti sociali, è pena alla negligenza, e suppone eziandio, come la prescrizione, la tacita rinunzia della parte a quel diritto, che per un lungo tratto di tempo ha trascurato di esercitare. (1)

Ora, applicato dal magistrato l'art. 234 dell'abolito Codice di commercio, o l'art. 324 del vigente Codice, emessa la condanna del debitore, e rinviata in prosecuzione del giudizio la cognizione delle eccezioni da lui proposte, non si può certo imputare a negligenza del creditore, se trascura di proseguire quel giudizio che potrebbe forse menare alla rivoca della sentenza, che egli ha già ottenuto, ed alla restituzione di ciò che in forza della stessa ha potuto conseguire.

L'interesse è elemento essenziale delle azioni. E l'unico interesse del creditore, dopo la sentenza di condanna del debitore, è di

---

(1) **Relazione Pisanelli.**

metterla in esecuzione, di entrare nel godimento del diritto attribuitogli dal magistrato. Egli ha ben ragione di allontanare la possibilità di veder rivocata la sentenza, e di esser costretto a restituire ciò che in forza della stessa ha conseguito.

È pertanto naturale, è consentaneo al diritto e al suo interesse, che egli dopo la sentenza di condanna se ne stia inerte, quando la inerzia sua e del convenuto, divenuto attore nell'eccezione, facendo perimere il procedimento d'istruzione su di essa, può rimuovere o per lo meno allontanare di più il pericolo che la sentenza sia rivocata.

È interesse invece del debitore condannato di menare innanzi il giudizio. Egli ha impugnato il titolo creditorio, e ciò non ostante è stato condannato. Egli può in tutti i modi di legge essere astretto a pagare, forse ha già pagato. Ha quindi tutto l'interesse di proseguire il giudizio per far rivocare la riportata condanna, per liberare i suoi beni dalle iscrizioni ipotecarie, per ottenere la restituzione di ciò che ha pagato. E se questo egli non fa, sorge la presunzione che le sue eccezioni sieno infondate, che egli, non potendone sperare l'accoglimento, le abbia abbandonate, e decorso il termine di legge, il procedimento si perime.

La stessa precedente sentenza della Cassazione osserva, che gli articoli 234 e 324 in esame furono introdotti nella legislazione commerciale, per impedire le dilatorie eccezioni dei debitori convenuti, e rendere più sicura la posizione dei commercianti nella esazione dei loro crediti. E se è così, ripugna allo spirito delle disposizioni medesime, che messo il commerciante con la condanna del debitore nella posizione giuridica di esigere il suo credito, che può anche aver riscosso di fatto, debba preoccuparsi di andar eccitando lo zelo del debitore condannato a proseguire il giudizio, e se questi non lo faccia, proseguirlo lui stesso, per impedirne la perenzione, e con la perenzione la prescrizione del credito forse, forse la restituzione di ciò che ha legittimamente incassato.

Avvenga mille volte la perenzione, essa non potrà giammai scuotere la forza di una sentenza di condanna, nè far sì che la parte, a cui favore è stata emessa, sia costretta a restituire ciò che in virtù della sentenza ha conseguito.

Tutto quanto abbiamo esposto vale tanto nel caso che la condanna sia stata emessa senza obbligo al creditore cambiario della cauzione e della cura del procedimento d'istruzione sulle eccezioni del debitore, quanto nel caso che tali obblighi sieno stati imposti.

Tuttavia potrebbe forse dubitarsi, che nella ipotesi della imposizione della cauzione al creditore, la condanna in suo favore pronunziata con la sentenza non sia perfetta, a meno che non sia prestata la cauzione, la quale opererebbe come una specie di condizione sospensiva. Potrebbe forse, in questo caso, dubitarsi se l'istanza sia così tutta compresa nella sentenza, e se questa abbia bisogno di una espressa conferma, quando vi è da provvedere in esito al prosieguo del giudizio sullo svincolo od attribuzione della cauzione. Potrebbe dubitarsi, infine, se non vi sia a riconoscere la negligenza dell'atto-

re, cui fu imposta espressamente la diligenza nel giudizio di verificazione.

Ma quando la cauzione non è stata imposta, nè prescritto l'obbligo di procedere alla verificazione, si deve assolutamente riconoscere che la condanna, comunque rivocabile, in niente differisce da una condanna pronunziata negli ordinarii casi, e che i suoi effetti non possono essere caducati dalla perenzione. Questa colpisce il prosieguo del giudizio sulle eccezioni del convenuto, che, avendone interesse, avea pure il dovere di ravvivare.

La tesi, che sosteniamo, vale pure per ogni specie di eccezioni di lunga indagine, che il debitore proponga contro il titolo cambiario.

Ma uno speciale riguardo merita l'eccezione, con cui il debitore cambiario si fa ad impugnare la verità della sua sottoscrizione.

La precedente sentenza della Cassazione disse, che se *nei casi comuni la condanna non può darsi quando il titolo privato non sia riconosciuto, se impugnato, per le domande fondate su cambiali l'art. 234 del Codice di commercio del 1865 e il 324 del vigente permettono la condanna, ma revocabile quando la verifica faccia risultare la falsità della firma del condannato.*

E così pure la Cassazione di Napoli adotta l'opinione più generalmente seguita dalla dottrina e dalla giureprudenza, che l'impugnativa della firma, richiedendo una istruzione, rientri nel novero di quelle eccezioni di lunga indagine, che non possono soffermare la esecuzione e la condanna.

Ma da ciò stesso a noi pare che derivi doversi anche nella fatta ipotesi riconoscere, che la perenzione svolga i suoi effetti nel senso da noi propugnato.

Se infatti, non ostante l'impugnativa della firma e la disposta verifica, la condanna si deve sempre pronunziare, se nei concreti casi, che tanto la prima quanto la seconda volta venivano a conoscenza della Cassazione, la condanna fu pronunziata, si deve riconoscere, pei principî di sopra svolti, che la perenzione può colpire il procedimento di verifica, ma, questo perento, rimane sempre in vita la condanna profferita dalla sentenza, che per sua virtù partorisce l'*actio iudicati*, senza alcun bisogno di riferimento al titolo cambiario depositato negli uffici di cancelleria del Tribunale agli effetti della verificazione.

Napoli 27 marzo 1897.

Avv. Ernesto Wanderlingh

PARTE SECONDA — GIURISPRUDENZA

CORTE DI CASSAZIONE DI NAPOLI — *21 gennaio 1897*

LA VOLPE *P. P.* — LOFFREDO *Est.*

Marotta (avv. Maiolo e de Tilla) c. Barotta (avv. M. Pesce)

Esecuzione immobiliare — Surrogazione — Creditore iscritto sopra alcuni beni (art. 575 proc. civ.)

Perchè un creditore possa domandare la surrogazione, in giudizio di esecuzione immobiliare al creditore procedente resosi negligente, non occorre che egli abbia iscritta un'ipoteca su tutti i fondi su cui si procede (1).

La Corte ha considerato, che creditrice Antonietta Marotta di Orazio e Michele Marotta e di Giuseppina ed Amelia Caprice in lire 4250 con ipoteca su una casa al vico Filippo in Larino, chiedeva essere surrogata a Giuseppa Prisco, che, procedendo in danno di detti debitori e di altri ad esecuzione sopra varii stabili, ed ottenuta l'autorizzazione alla vendita, aveva fatto sosta, convenendo perciò in una alle due Caprice ed a Michele Marotta, i signori Nicola, Irene, Angelina, Emma e Gaetano Marotta quali eredi di Orazio Marotta suddetto. E poichè la Corte di Appello con sentenza del 16 novembre 1894, modificando quella del Tribunale, metteva fuori causa i detti Nicola, Irene, Angiolina, Emma e Gaetano per rinunzia dei medesimi all'eredità di Orazio, ed ammettendo la chiesta surrogazione la limitava alla detta casa ipotecata, ritenendo non eccedibile dal surrogato il limite dei beni a lui ipotecati; l'Antonietta vuole censurata la sentenza per la esclusa qualità ereditaria nei su indicati motivi, e più per la limitata surrogazione, dicendo inoltre errata anche l'applicazione di tale concetto per essersi lasciato fuori il procedimento esecutivo il fondo rustico Torretta stato per altro credito di lire 1500 parimenti a lei ipotecato.

Ha considerato che circa la qualità di eredi del debitore Orazio

---

(1) La stessa Cassazione con sentenza del 9 gennaio 1893 *(Giurisp. Ital.* 1893, I, 1, 638), adottava la massima che qualunque creditore può domandare la surrogazione nella esecuzione sui beni immobili, purchè proponga l'istanza nelle forme dell'azione ordinaria; ai creditori ipotecari compete il particolare diritto di domandare la surrogazione anche all'udienza.

Nello stesso senso si pronunziarono: App. Venezia, 31 marzo 1892 *(Temi Ven*, 1892, 203); App. Bologna, 22 maggio 1894 *(Mon. Giur. Bol.* 1894, 188); Trib. Napoli, 16 agosto 1893 *(Gazz. Proc.* XXVI, 237); id, 31 maggio 1893 (*Tribuna Giud.* 1894, 178).

La Corte di Appello di Napoli, con la sentenza del 7 ottobre 1896 negò ai creditori chirografari il diritto di potere essere surrogati al creditore procedente. Vedi la nota critica a detta sentenza dell'avv. F. Parisi (*Mor. Giur.* VI, 526).

Marotta nei convenuti Nicola, Irene, Angiolina, Emma e Gaetano suindicati, ritenuta rimossa mercè la rinunzia dei medesimi, la sentenza non è accessibile a censura.

Ritenuto il fatto della rinunzia alla eredità, se fu ritenuto non avere la medesima potuto perdere i suoi effetti per la indivisione opposta dai germani Marotta nella esecuzione mobiliare proceduta in danno dei debitori di essa Antonietta, non fu errore. Che indivisi essendo i mobili pegnorati tra i debitori ed i detti germani, la eccezione d'indivisione poteva implicare il diritto a separazione di quote, non accettazione della qualità di erede del debitore pegnorato; e tenendo siffatta indivisione di mero fatto, si scorge agevolmente la niuna attendibilità del primo mezzo di ricorso a ciò relativo.

Che per l'opposto, sfuggire a censura non può il concetto di non proseguibilità dell'esecuzione immobiliare da parte del surrogato se non in quanto possa essere comportato dalla costui iscrizione, concetto che creduto far derivare dall'art. 575 Cod. proc. civ. è valso come argomento precipuo per limitare al casamento ipotecato la surrogazione conceduta alla ricorrente.

Che errato sia siffatto concetto non è dubbio. Diretto a riparare alla trascuranza del creditore istante in caso di esecuzione immobiliare con la surrogazione di altro creditore, l'articolo 575 rileva il requisito che l'ammissione alla surrogazione deve in costui concorrere di creditore iscritto, ma non richiede che il medesimo debba essere iscritto su tutti i singoli fondi che già si trovino sottoposti al procedimento esecutivo, e nol richiede a ragione veduta.

Che il procedimento di esecuzione, iniziato che sia con la trascrizione del precetto e con l'autorizzazione della vendita, diviene d'interesse comune di tutt'i creditori, e dovendo pel concetto legislativo essere unico quantunque esteso a più stabili e più fossero i creditori interessati, ne viene di conseguenza che il surrogato sottentri al creditore pegnorante per proseguire la esecuzione nello interesse non suo soltanto, ma di tutti i creditori, e quindi su tutti i beni in essa compresi, quantunque la propria iscrizione non fosse a tutti estesa. E però errata indubbiamente è la illazione che per limitare alla surrogata ricorrente il procedimento esecutivo in corso fu creduto trarre dall'articolo su enunciato. Nè di limitarne la prosecuzione dell'esecuzione alla casa a costei ipotecata era buona ragione il divario tra il credito della medesima e il valore della massa dei beni pegnorati; che da un verso la prosecuzione dell'esecuzione non cessava di essere d'interesse comune agli altri creditori; e dall'altro, se è vero che senza il consenso del debitore il creditore non può fare subastare gl'immobili che non sono ipotecati a suo favore se non quando i beni ipotecati pel suo credito sono insufficienti, articolo 2080 cod. civ., vien fatto scorgere agevolmente come indarno si fa appello a codesta disposizione, risultando che certamente insufficiente pel credito della ricorrente è la casa alla quale la prosecuzione fu limitata, secondo vien fatto scorgere dall'istrumento di costituzione della relativa ipoteca del 10 settembre 1881. E però chiaro

essendo l'errore in cui la sentenza è incorsa male applicando a tale riguardo vuoi l'art. 2080 cod. civ., vuoi quello 575 cod. proc. civ., è mestieri sia cassata la medesima nei capi relativi, non potendo essere accolto il secondo mezzo di ricorso a ciò attinenti.

....

CORTE DI CASSAZIONE DI NAPOLI — *13 febbraio 1897*

CIAMPA P. P. — PASSARELLI *Est.*

Macari (avv. de Monaco) c° Villa (avv. Giov. M. Rossi)

Appello — Rigetto senza esame — Procuratore dell'appellante — Costituito — Inammessibilità — (art. 489 cod. civ.).

Ipoteca per evizione — Alienazione — Molestia verificata — (articoli 1481, 1510 cod. civ.).

a) *Non può rigettarsi l'appello senza esame quando il procuratore dell'appellante i sia costituito ed abbia chiesto il rinvio della causa ad altra udienza, sebbene in questa non sia comparso.*

b) *Quando il compratore ha stipulato un'ipoteca per evizione ed ha disposto alienando il fondo acquistato, non può promuovere istanza per garenzia di possibile evizione per la scoperta di un'iscrizione ipotecaria, prima che la molestia non si sia verificata.*

Considerato che per concordo ed invariata dottrina e giureprudenza l'unica ragione per la quale il legislatore ebbe voluto sancire la disposizione contenuta nell'art. 389 proc. civ. fu quella della presunzione del recesso o volontario abbandono del gravame da parte dell'appellante, che non curasse di farlo discutere o non si presentasse nel giorno da lui determinato o di altro per lo scambio di atti da parte dei contendenti stabilito. Da ciò la conseguenza legittima che se invece abbia fatto atti da cui si rilevi che egli non ebbe il pensiero di abbandonarlo, ma di farlo discutere non potrebbe il magistrato rigettarlo senza esame a norma del detto articolo, il quale contenendo una prescrizione limitativa del diritto comune vuole essere per norma di legge applicato nel solo caso contemplato dalla legge stessa. E per omaggio a questi principii di diritto la dottrina e la giurisprudenza hanno concordemente ritenuto che se l'appellante, o nel giorno da lui designato nella citazione od in quello stabilito dalla parte avversa al seguito di legale concessione di abbreviazione di termini si fosse presentato od avesse costituito il procuratore, non si possa dar luogo all'applicazione del detto articolo, se il procuratore da lui nominato non si presentasse nel giorno nel quale per accordo tra le parti abbia luogo la discussione della causa per la ragione evidente che non potrebbe in questo caso presumersi

il recesso dalla lite e l'abbandono dell'istanza da parte dell'appellante, potendo la sua non comparsa essere colpa del suo procuratore. Or nella specie non cade dubbio che nell'udienza del 12 maggio 1896 fissata a seguito dell'abbreviazione del termine prefisso dall'appellante, egli e la parte avversa si presentavano avanti al Tribunale e di conseguenza per mezzo dei rispettivi procuratori chiesero d'accordo fosse differita ad altra udienza che fu conceduta. Ed in questa la causa fu discussa non nella contumacia dell'appellante, ma del procuratore, tanto che non venne neanco delegato l'usciere per la notifica di essa al contumace, come sarebbe stato indispensabile se la contumacia di una delle parti si fosse verificata. Il Tribunale adunque per questa condizione di cose dovea, come venne facendo, non applicare il suddetto art. 489, ma discutere in merito l'appello secondo la norma comune nel caso della contumacia.

Nè poteva rigettarlo senza esame per l'altra ragione che l'appellante non aveva esibito nè il mandato nè la sentenza, perchè il mandato era stato esibito nell'udienza in cui la causa fu differita per accordo tra le parti, ed il deposito della sentenza, come disse il Tribunale venne fatto dall'appellato, onde nulla mancava ai giudici per l'esame di merito del gravame. Nè saprebbe intendersi la prima parte del suddetto articolo intorno alla prescrizione del deposito della sentenza se non nel senso che il giudice non avesse modo di discutere il gravame, non in quello che assolutamente dovesse essere esibito dall'appellante anche quando la parte avversa l'avesse prodotto negli atti, perchè sarebbe irrazionale che l'appello si rigettasse quando l'impugnata sentenza fosse da uno dei contendenti esibita.

La censura adunque del primo mezzo del ricorso in ordine alla quistione di rito vuol'essere respinto.

Ha del pari considerato sui seguenti quattro mezzi relativi alla quistione di merito, che intendendo tutti a rilevare l'unico errore di diritto che il ricorrente crede che il Tribunale avesse commesso ritenendo nella specie applicabile l'art. 1510 e non il 1481 cod. civ. ebbe violata la legge e la sua retta applicazione ritenendo che il compratore che avesse pagato l'intero prezzo non abbia diritto alla garentia da parte del venditore per evitare le possibili molestie che gli possono provenire dalla scoverta di una novella ipoteca non rivelata nel contratto di vendita, se non quando la molestia da parte del creditore siasi verificata in atto. Senza dubbio la tesi del ricorrente in astratto dovrebbe essere riconosciuta esatta per la nota massima del giure *melius intacta iura servare quam vulnerata causa remedium quaerere*, ma nella specie per due elementi di fatto uno ritenuto dal Tribunale e l'altro risultante dagli atti e non punto contestato non poteva essere applicato.

Il ricorrente acquirente del fondo Pescarola dal Filippo Villa per l'istrumento del 24 giugno 1875 lo rivendeva a Teresa Tari con istrumento degli 8 gennaio 1878, e questa a sua volta lo vendeva con istrumento dei 25 agosto 1890 a Picano. Or se la garentia che la legge impone al venditore è istituita perchè egli potesse libera-

mente e pacificamente possederlo, percepirne le rendite e disporne a suo piacimento, quando il compratore del diritto sulla cosa ne ebbe usato nel modo più assoluto disponendone con piena alienazione che non gli faccia temere le azioni reali possibili a sperimentare contro il solo possessore della cosa, non vi sarebbe ragione per garentirlo da temibili molestie relative sia al possesso, sia alle azioni reali, se non quando alcuno dei successivi compratori venissero molestati e spiegassero azione di garentia contro di lui. Or se per altri venti anni il creditore di cui si temevano le molestie non ne ha spiegata nessuna nè contro il ricorrente, nè contro i successivi acquirenti che dovrebbero più temerle, e segnatamente l'ultimo, per lo esperimento dell'azione ipotecaria, che solo potrebbe verificarsi contro di essi, a buona ragione i giudici di merito ritennero che non era punto il caso di applicare nella specie l'art. 1481 cod. civ. perchè la probabilità della molestia era troppo vecuata e poco temibile: giudizio questo di fatto che non può essere nella specie censurata dal Supremo Collegio.

E però la censura per la proclamata tesi di diritto astratto perde ogni importanza quando il Tribunale ebbe per ragioni di fatto ritenuto che l'attore non avesse ragione di temere la molestia futura, che veniva ponendo a base della sua istanza. Oltre a ciò con l'istrumento del 1875 il ricorrente stipulò una garentia ipotecaria per tutti i casi possibili di evizione, che si fossero potuto verificare, su tutti i beni del venditore, garentia che non essendo limitata solo alla possibile molestia per la ipoteca a favore della moglie del venditore medesimo, può ben valere anco per quella novella scoverta che al tempo della vendita non fu rivelata, onde il temuto danno sarebbe pur possibilmente garentito, e però si appella anche prudente il pronunziato dei primi giudici che non ritennero opportuno nello stato presente l'accoglimento di una domanda che per l'elasso del tempo trascorso dall'acquisto appalesava troppo esagerata la pretesa formulata dall'attore. E poichè queste considerazioni assorbono tutti i residui quattro mezzi del ricorso che non contengono altra tesi se non quella svolta nel 2° e 4°, che cioè erronea fosse la teorica di diritto assunta dal Tribunale e non bene derivata dalla legislazione romana, che al compratore che ebbe pagato il prezzo non competa azioni per possibili molestie derivanti da ipoteche non contemplate nell'atto di vendita, se non quando queste si venissero attuando, così tutto il ricorso va respinto.

Attesochè respinto il ricorso deve il ricorrente esser condannato alla perdita del deposito ed al pagamento delle spese.

La Corte di Cassazione rigetta il ricorso, ordina liberarsi il deposito di multa all'Erario dello Stato e condanna il ricorrente alle spese di questo giudizio.

Corte di Cassazione di Napoli — *23 febbraio 1897*

Ciampa *P. P.* — Abatemarco *Est.*

D'Elia (avv. Adinolfi e Marone) c. Caso (avv. Brindisi)

Cassazione—Ricorso—Notificazione (art. 525 proc. civ.)—**Esecuzione immobiliare — Sentenza di surroga—Nullità di vendita—Giudicato** (art. 1351 cod. civ.).

a) *È validamente notificato il ricorso per cassazione al domicilio eletto nella notificazione della sentenza di appello investita col gravame di cassazione dalla parte cui venne intimata, specie quando non fu dichiarato il domicilio reale* (1).

b) *La sentenza di surrogazione, in giudizio di esecuzione immobiliare, non costituisce giudicato e quindi non è di ostacolo alla domanda che si propone in seguito per nullità di vendita di beni dopo la trascrizione del precetto.*

Attesochè Gaetano Arcieri in forza di giudicato era creditore di Filippo Picinni Leopardi di L. 51,000. Con istrumento del 27 dicembre 1887 egli cedè il suo credito a Giuseppe Caso, il quale fu surrogato a Roberto Puci. Caso, dovendo proseguire la espropriazione, ottenne dal Presidente del Tribunale di Sala la nomina del perito per procedere alla stima degl' immobili compresi nel precetto.

Fatto l'apprezzo, Caso con libello del 12 febbraio 1891, chiese l'autorizzazione a vendere gl' immobili già valutati dal perito, ed in questo giudizio l'attore, avendo pure chiesto che si fosse dichiarata la nullità delle alienazioni di taluni fondi avvenute dopo la trascrizione del precetto, la Corte di appello con sentenza dell' 8 febbraio 1892 ordinò la messa in causa degli acquirenti d'Elia e Beni per discutersi in loro contraddizione la quistione della validità o nullità della impugnata alienazione. In questo giudizio intervennero pure Francesco e Rosa Cicchetti, nonchè Giuseppe Picinni, i quali chiesero la separazione di alcuni immobili, che dissero di essere di loro esclusivo dominio.

Il Tribunale di Sala Consilina con sentenza del 22 ottobre 1893 ammise in rito la domanda in separazione di Rosa e Francesco Cicchetti e Giuseppe Picinni, accolse in merito la domanda stessa, e per lo effetto ordinò a favore dei reclamanti medesimi il distacco di tutti i fondi reclamati.

Dichiarò buoni e validi gli acquisti fatti da Cono d'Elia e Roberto Pesci, e quindi respinse la domanda promossa contro i medesimi da Giuseppe Caso. Però in grado di appello la Corte di Napoli mentre dispose mezzi istruttori per determinare quali fondi o parte di fondi subastati appartenevano ai terzi reclamanti, dichiarò nulle le alienazioni fatte in favore di d'Elia e di Beni.

---

(1) Nello stesso senso: Cass. Napoli 5 settembre 1896 (*Mov. Giur.* VI, 550) con nota.

Che contro questa sentenza Cono d'Elia propose ricorso, ed alla sua volta Giuseppe Caso con analogo contro ricorso deduce la inammissibilità del proposto gravame ed in merito il rigetto. Il resistente a sostenere la inammessibilità deduce che il ricorso debba essere intimato con le forme della citazione e che invece di essere notificato nel suo domicilio reale era stato intimato nel domicilio eletto. In contrario però vuolsi considerare che il resistente non ha mai dichiarato il suo domicilio e nel giudizio di merito lo elesse presso l'avvocato Ferdinando Brindisi, oltre a che egli nell'intimare la sentenza impugnata disse di eleggere il domicilio presso il cennato avvocato. Ora il ricorrente che non sapeva il domicilio reale del resistente, allorchè nell'intima della sentenza impugnata gli si indicò un domicilio eletto, senza alcun dubbio ciò gli doveva servire di norma per la intima del ricorso, altrimenti la indicata elezione di domicilio nella intima della sentenza, non avrebbe avuto alcun' obbietto, epperò si rende manifesto che la dedotta eccezione d'inammissibilità non può attendersi.

Che sul merito la Cassazione osserva che in seguito delle diverse deduzioni, che innanzi alla Corte di appello si proponevano, la quistione, che doveva segnatamente discutersi, si era quella di vedere se il debitore possa vendere ai suoi creditori iscritti alcuni cespiti pegnorati dopo la trascrizione del precetto, in specie poi se la vendita sarebbe stata fatta dopo il decorrimento dell'anno della trascrizione. Or l'esame di siffatta quistione si rende del tutto omesso, imperocchè la Corte si limita a dire che per l'art. 2085 c. c. il debitore non possa alienare dalla data della trascrizione del precetto, beni pegnorati, nè i frutti, rimanendone in possesso come sequestratario giudiziario. Ma è evidente che l'alienabilità comminata dall'art. 2085 non possa intendersi in altro senso che per diritto, che ha il creditore espletante, od altro creditore anche chirografario, di far dichiarare quelle nullità, qualora però si trovino in vigore gli effetti della trascrizione del precetto.

La Corte però dice che la eccezione della cessazione degli effetti del precetto non possa farsi perchè ostacolata dal giudicato di surroga del 21 febbraio 1890, nonchè dall'altro dell'8 febbraio 1892, ma anche in ciò la Corte cade in errore, imperocchè con la sentenza dell'8 febbraio 1892, se furono rigettate le eccezioni dei debitori, i quali sostenevano che la procedura non poteva essere continuata per essere rimasta estinta, si riteneva pure che non si poteva discutere la quistione proposta dall'attore Caso relativa alla nullità dell'alienazione fatta a d'Elia ed a Beni senza mettersi in causa costoro. Or se in questi termini fu profferita la sentenza, non saprebbe intendersi come essa possa costituire giudicato contro il ricorrente d'Elia, che non v'intervenne. E per la stessa ragione non può costituire giudicato la sentenza del 21 febbraio 1890 poichè con essa non si fece altro che surrogare Beni e Caso, nè d'Elia vi prese parte.

Che dimostrato il niun fondamento delle ragioni indicate dalla

Corte per contraddire la domanda del d'Elia, risulta pure indubbitato che la causa non sia stata discussa nei termini della contestazione della lite, omettendo cioè di esaminare se la vendita ebbe luogo dopo il decorrimento dell'anno dalla trascrizione del precetto.

Che ancora vuolsi considerare che innanzi al magistrato di merito fu pure dedotto che i fondi dati in possesso al ricorrente d'Elia si appartenevano parte a Francesca Cicchetti, la quale propose pure una domanda in separazione, e sul proposito con la impugnata sentenza furono pure disposti dei mezzi d'istruzione.

Per tanto la Corte di Appello ha annullato l'acquisto fatto dal d'Elia del fondo Prato Amato, che si dice di essere di Francesca Cicchetti. Ma è chiaro che anche in ciò la Corte ha errato perchè se in seguito della disposta istruzione risulterà che il fondo venduto al d'Elia si apparteneva alla Cicchetti, ciò sarebbe in contraddizione con la dichiarazione già fatta di essere nulla la vendita.

Che per siffatte ragioni è giusto che si accolga il ricorso e si cassi la impugnata sentenza.

. . . .

Corte di Cassazione di Napoli — *23 febbraio 1897*

Ciampa *Pres.* — Cerchi *Est.*

Apuzzo (avv. Greco) c. Apuzzo F. (avv. Orilia)

Società universale — Comunione di beni — Loro differenza — Pruova testimoniale (art. 1637, 1700, 1314, 1341 cod. civ.).
Cassazione — Spese — Compensazione (art. 370 proc. civ.).

a) *La differenza tra la Società* universorum bonorum inter fratres *e la comunione di famiglia sta in ciò: La comunione costituisce un quasi contratto che prescinde da qualunque specifico consenso e deriva da un titolo comune di proprietà.* La societas universorum bonorum, *invece, comprende non solo tutto ciò che è prodotto o acquisto fatto col prodotto della cosa comune, ma anche qualunque altro particolare acquisto o guadagno, che provenga* aliunde *all'uno o all'altro dei partecipanti, e non può concepirsi senza consenso* (1).

b) *Presupponendo una* societas bonorum universorum, *è inammissibile la pruova testimoniale tendente a dimostrare che un cespite sia acquistato con mezzi propri dell'uno o dell'alt o partecipante, perchè sarebbe diretto a dimostrare una convenzione anche tacita, per un valore eccedente le lire 500. Invece è ammissibile quando si vuol provare il semplice fatto della comunione tra fratelli, costituente un quasi contratto e indipendente dalla volontà dei comunisti.*

c) *Possono anche in Cassazione compensarsi le spese del giudizio, non ostante che il ricorso sia st to rigettato.*

---

(1) È degna di nota la surriferita massima. La società è sempre un contratto tacito od espresso, mentre la comunione può essere un contratto accidentale e indipendente dalla nostra volontà; la comunione non può riguardare che cose

Il Cav. Francesco Apuzzo convenne davanti il Tribunale di Napoli il germano suo Errico e dimandò la divisione dei beni ereditari paterni. Inoltre, assumendo l'esistenza di una comunione universale di beni tra loro, domandò pure la divisione in parti uguali di quanto esistesse e fosse all'uno od all'altro di essi loro intestato così per la proprietà come per i depositi. A dimostrare detta comunione invocò la prova testimoniale.

Il convenuto Errico da una parte impugnò la domanda di divisione dicendo essere stati i beni paterni già divisi, da un credito in fuori di lire 4250 per il quale non occorreva disporsi alcuna divisione, operandosi questa *ipso iure*; dall'altra propose domanda riconvenzionale per aver restituiti dal fratello parecchi oggetti di sua esclusiva pertinenza.

Il Tribunale, dopo due sentenze preparatorie, con una terza diffinitiva, disse che era sufficiente la dichiarazione di dritto dell'apertura della successione, senza bisogno di alcun altro provvedimento; disse ch'era inutile la prova testimoniale, non essendovi tra i due coeredi indivisione, eccetto per taluni immobilili; disse dimostrato il diritto di Errico alla restituzione di alcuni immobili. In conseguenza dichiarò aperta intestata la successione di Francesco Apuzzo fu Matteo a favore dei due figliuoli Francesco ed Errico; dichiarò spettare a ciascuno di costoro la metà del credito di lire 4250 dovuto da un tal Pandolfi, dichiarò comuni ed indivisi taluni immobili intestati ad Errico, dispose di questi la divisione, nominando un notaio per le relative operazioni e davanti al quale i condividenti dovessero re-

---

determinate, fosse anche un'eredità; al contrario la società può riguardare non solo cose determinate, e certe, ma ancora cose indeterminate e future; la prima è regolata dall'equità e dalla teorica dei quasi contratti, la seconda è governata dalla volontà dei contraenti.

Questi caratteri differenziali sono maestrevolmente riassunti nel noto frammento di Ulpiano: *ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet; n c enim sufficit rem esse communem,* NISI SOCIETAS INTERCEDIT: *communiter autem res agi potest etiam citra societatem, ut puta cum* NON AFFECTIONE SOCIETATIS *incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata: item si a duobus simul empta res est, aut si* HAEREDITAS *vel donatio* COMMUNITER *nobis obvenit.* (L. 31 Dig. *pro socio*).

Da ciò segue che senza la volontà delle parti, manifestata dal loro esplicito consenso, non può parlarsi di società, e, mancando la convenzione, (*affectio societatis*) non può esservi che una semplice *comunione*, la quale, cadendo su cose singole e determinate, è sempre *particolare*, e, « quando anche abbracci l'intero e comune retaggio pervenuto a' condomini, avrà bensì un'estensione maggiore, ma non toglie di mezzo la possibilità e la realtà di un'attività, di una industria, di un patrimonio speciale posseduto da uno dei comunisti all'infuori di quello originariamente comune,

A tale uopo osserva il Vitalevi che i requisiti della comunione universale possono ridursi ai seguenti: 1. perfetta indivisione dei beni paterni non solo ma di qualunque altro acquistato, dai pretesi comunisti universali, o ad essi pervenuto; 2. comunione di *abitazione* o di *mensa*; 3. comunione di ogni *lucro, acquisto o danno*, anche personale e particolare, senza restrizione alcuna; 4. *difetto assoluto* di una qualunque *resa di conto. Questi quattro requisiti devono insieme concorrere; se uno solo ne mancasse, insegna il Fabro, l'edificio ne verrebbe a cadere.*

ciprocamente rendersi conto, ordinò infine la restituzione ad Errico di taluni mobili.

Impugnato da Francesco Apuzzo cotesto pronunziato, la Corte di appello, con sentenza dei 17-20 Gennaio 1896, disse che in tema di comunione universale tra fratelli, per la quale non occorreva il consenso dei comunisti, la prova testimoniale era ammissibile, *mirando essa a dimostrare semplicemente una posizione di cose avente a base il quasi contratto della indivisione familiare*; disse che gli elementi probatorii, ritenuti dal Tribunale per escludere l'indivisione e quindi la comunione universale, costituivano presunzioni, il cui esame era conveniente rimandare in seguito alla prova testimoniale ed in concorso della medesima. Conseguentemente ammise senz'altro l'appellante a provare con testimoni i fatti dedotti.

Contro tale sentenza ha prodotto ricorso l'Errico in base a tre mezzi di annullamento. Col primo sostiene che la Corte di Appello abbia confuso il concetto di una società universale di acquisti e guadagni con quello della semplice comunione; col secondo che a dimostrare detta società, la prova testimoniale non era ammissibile; col terzo che il Tribunale aveva esaminati elementi di prova scritti, e che essa Corte, prima di dare ingresso alla prova testimoniale, aveva l'obbligo di togliere in esame tali quegli elementi, dai quali sarebbe rimasta esclusa la voluta comunione.

Attesochè indubbiamente altro sia il concetto giuridico di una tacita società *universorum bonorum inter fratres*, altro quello di una semplice comunione di famiglia. La comunione costituisce al certo un quasi-contratto, che prescinde da qualunque specifico consenso, in quanto che *incidimus* in essa, *sine affectione societatis*, ma per effetto di un titolo comune di proprietà: *quod evenit*, come dice il Voet, *in re duobus legata, aut si haereditas vel donatio communiter nobis obveniat etc*. Quando però nella comunione, pur mettente capo ad un titolo comune di proprietà, si voglia comprendere non solo tutto ciò che è prodotto od acquisto fatto col prodotto della cosa comune, ma eziandio qualunque altro particolare acquisto o guadagno, che provenga *aliunde* all'uno o all'altro dei partecipanti, in tal caso vien fuori non il concetto di una semplice comunione, ma altresì e più propriamente quello di una *societas universorum bonorum*, che non può concepirsi senza consenso.

In tema generale di dritto, gli acquisti particolari appartengono a colui che li ha fatti, e ciò anche nei rapporti di fratello a fratello indivisi tra loro; « si fratres » dice il Presid. Fabro, « indi-
« visam parentum haereditatem quamtumvis longo tempore retinue-
« rint, certum est id alteruter aliunde quaesierit non esse in com-
« mune redigendum, nunquam enim societas universorum bonorum
« contracta intelligitur, nisi cum specialiter id actum videatur.

« Interdum tamen evenit » soggiunge il Fabro « ut tacite id
« actum videatur (ecco la tacita *societas inter fratres*) nimirum si
« fratres non tantum haereditatem parentum indivisam habuerint,
« sed etiam bona caetera omnia in quorum communionem inciderunt,

« si simul abitaverint, lucra etiam omnia et damna comunicaverint,
« nec a se invicem rationes unquam exegerint. » Defin. III Pro socio.

Ed infatti gli antichi dottori distinguevano la società in espressa e tacita; ecco il concetto che di quest'ultima fornisce il Voet: « Quae « re contrahi dicitur dum rebus ipsis et factis simul emendo ven- « dendo lucra et damna dividendo socii incundae societatis volun- « tatem declarant. »

Dalle quali cose s'intuisce che allora quando in una comunione familiare si voglia far cadere un qualunque cespite acquistato con mezzi proprii dall'uno o dall'altro dei partecipanti, in tal caso come ciò non potrebbe altrimenti ottenersi che presupponendo una *societas universorum bonorum*, così la prova testimoniale non potrebbe dirsi ammessibile; perchè diretta a dimostrare una convenzione, sia pur tacita, per un valore eccedente le lire 500.

La Corte di Appello però colla denunciata sentenza, nel ritenere ammessibile la prova testimoniale, ha dichiarato espressamente che la medesima mirava a dimostrare il semplice fatto della comunione tra fratelli, costituente un quasi contratto ed indipendente dalla volontà dei comunisti. Essa quindi, la Corte, non ha inteso di autorizzare la detta prova allo scopo che tutti i beni acquistati da ognuno dei fratelli Apuzzo, anche quelli acquistati con mezzi proprii, dovessero dirsi comuni, ma quelli solamente che costituissero un prodotto ereditario, o ne derivassero.

A questo Supremo Collegio non è dato l'andar disaminando i singoli capi di prova; ma quali per avventura essi siano, rimarrà sempre impregiudicata la indagine circa la provenienza dello acquisto, ed allorchè, a poter comprendere un cespite nella comunione occorrerà dover presupporre la tacita societas, in tal caso la prova testimoniale raccolta non potrà spiegare alcuna influenza. E che la Corte di Appello non abbia davvero pregiudicata la detta indagine si raccoglie abbastanza chiaro da che essa abbia disposto la pruova, ferme rimanendo le mutue ragioni delle parti ed allo scopo soltanto di poter *plena inquisitione* emettere dappoi il suo giudizio.

È vero la Corte stessa ha parlato di comunione universale ed ha invocata l'autorità del Fabro dove questi si occupa della tacita *societas universorum bonorum inter fratres*; ma è vero altresì che in ciò non si può riconoscere confuso il concetto di società con quello di comunione, quando essa Corte espressamente ha parlato di comunione costituente quasi contratto ed indipendente da qualunque volontà dei comunisti.

Attesochè la ridetta prova testimoniale neppure possa dirsi illegalmente disposta nel senso che avendo i Giudici di prima istanza esclusa la indivisione in base ad elementi scritti occorresse discutere dapprima cotesti elementi. La Corte però cotesti elementi definì non altro che presunzioni, e se in concorso di essi ella volle, ad emettere un coscienzioso giudizio, aver presente eziandio i risultamenti di una prova orale non inammissibile per legge nel senso come in-

nanzi si è visto, a codesta sua disposizione non è a muovere censura di sorta.

Attesochè dalle osservazioni già fatte si raccoglie che il ricorso debba essere rigettato liberandosi il deposito all'Erario dello Stato.

Quanto poi alle spese del presente giudizio, esse, avuto riguardo alla stretta parentela dei contendenti tra loro, avuto riguardo alle difficoltà della quistione ed al dubbio in certo modo giustificato nel ricorrente circa il fine per cui la prova testimoniale si era disposta possano in tutto compensarsi, l'art. 370 Codice di Proc. Civile, è comune a qualunque grado di giurisdizione.

La Corte rigetta il ricorso.

CORTE DI CASSAZIONE DI NAPOLI — *27 febbraio 1897*

CIAMPA *P. P.* — CERCHI *Est.*

Società dei Tramways (avv. A. Morisani)

c. Gambardella (avv. N. Conte, O. Amore e N. Palmieri)

Appello—Termine—Indole della causa (art. 485 proc. civ.)

Per stabilire il termine d'appello in relazione all'indole civile o commerciale della causa non si deve esaminare la natura sostanziale della materia litigiosa, ma bisogna indagare quale delle due giurisdizioni abbia per avventura spiegato il magistrato nell'ammettere, bene o male che sia, quel pronunziato; occorre guardare alla forma del procedimento e a quanto altro possa menare alla conclusione che con l'una o con l'altra attribuzione il giudice di prima istanza abbia giudicato (1).

Pietro Gambardella macchinista della società dei Tramvia provinciali di Napoli, essendone stato espulso, convenne detta società davanti il Tribunale chiedendo di essere risarcito de'danni materiali e morali così per un'ernia inquinale incontrata durante il servizio; come per la diffamazione da lui patita da parte della società che pretese e divulgò aver egli guastato una macchina.

Il Tribunale dopo una prima sentenza dei 4-11 marzo 1895, colla quale avea disposto che l'attore articolasse i fatti, con altra dei 6-10 maggio dello stesso anno, ammise l'attore stesso a provare con testimoni i fatti dedotti. Questa sentenza fu notificata il 15 giugno; e perchè non munita di clausola Gambardella aspettò che decorressero

(1) Nello stesso senso: Cass. Palermo 29 febbraio 1896 (*Giurisp. Ital.* XLVIII, 1, 1, 342), Cass. Torino, 13 novembre 1895 (ivi, XLVIII, 1, 1, 81); App. Catanzaro, 13 luglio 1896 (ivi, XLVIII, 1, 2, 542); Cass. Napoli, 2 marzo 1895 (*Gazz. Proc.* XXVII, 51) e 28 novembre 1894 (*Giurisp. Ital.* XLVII, 1, 1, 173); Cass. Firenze, 4 marzo 1895 (ivi, XLVII, 1, 1, 164); Cass. Palermo, 4 dicembre 1894 (ivi, XLVII, 1, 1, 172). Contra: Cass. Torino, 10 giugno 1896 (*Giurisp. Ital.* XLVIII, 1, 1, 712).

60 giorni, prima di eseguirla. Laonde fu soltanto nel 12 agosto successivo, che propose istanza al giudice delegato di fissare un giorno per la udizione dei testimoni. Ed allora la società con atto del di 19 detto mese convenne esso Gambardella davanti al Tribunale, per sentirsi dichiarare decaduto dalla prova, avvegnacchè la sentenza che la ordinava, essendo stata pronunziata in materia commerciale, fosse appellabile nel termine di trenta giorni; e dalla data della notificazione di essa si trovassero decorsi non solo detti 30 giorni, ma eziandio gli altri 30 successivi, termine utile nel quale si sarebbe dovuto raccogliere la prova.

Il Tribunale riconoscendo davvero l'indole commerciale della cause accolse la dimanda e dichiarò la decadenza. La Corte di Appello invece con sentenza del luglio 1896 considerando che non vi era stato mai contestazione sull'indole della controversia, sia commerciale e civile, che la causa era stata menata innanzi col procedimento civile, che lo stesso Tribunale nella sua precedente sentenza del marzo 1895 avea dato ad intendere, che si trattasse di causa civile, fece dritto al gravame e rigettò la domanda.

Contro siffatto pronunziato ricorre la società dei Tramvais ed il ricorso è affidato a tre mezzi di annullamento i quali menano allo esame della causa.

Attesochè altro importi il concetto della competenza, altro quello del termine utile ad appellare. Quanto alla competenza come l' indagine tiene all'ordine della giurisdizione, essa va fatta guardando addentro all'indole del negozio sottoposto alla cognizione del magistrato. In tema invece di termine ad appellare l'indagine più propria è quella di vedere se la sentenza, contro cui è gravame, sia stata pronunziata da un giudice civile o da un giudice commerciale. Imperocchè bene o male che quel giudice abbia preso cognizione di una data materia, lo che potrà formare obbietto di tutt'altra investigazione, quanto all'ammissibilità ed al termine per appellare non si può mica prescindere da quanto si riferisce alla giurisdizione spiegata dal primo giudice, dovendo il giudice superiore colle stesse attribuzioni e colle stesse forme giudicare del merito del gravame. La quale investigazione intesa a sapere quale magistrato, il civile od il commerciale, abbia pronunziato la sentenza appellata, è facilissima, allorchè le due giurisdizioni si trovino affidate a magistrati diversi: non l' è così, quando invece lo stesso magistrato sia per legge competente a giudicare così dell'una, come dell'altra materia. Allora a decidere del termine più o meno lungo a poter appellare da una sentenza non è buona via lo esaminare se il negozio sia civile o commerciale, invece buona via l'è quella d'indagare quale delle due giurisdizioni abbia per avventura spiegato il magistrato nell' ammettere, bene o male che sia, quel pronunziato. Ed allora ad assolvere codesta indagine occorre guardare alla forma del procedimento, e a quanto altro possa menare alla conclusione che coll'una, od invece coll'altra attribuzione il giudice di prima istanza abbia giudicato.

Ora la Corte di Appello colla sentenza impugnata cotesta inda-

gine appunto fece, per risolvere la controversia se la sentenza del Tribunale che disponeva la prova testimoniale fosse appellabile nel termine di 30 o di 60 giorni, ed indi trovare la conseguenza che il Gambardella fosse o no decaduto da detta prova. Ella infatti, la Corte, dal decreto di sommarietà e da talune altre circostanze risultanti dagli atti è venuta precisamente a dedurre che la non giurisdizione commerciale, ma la civile si provocava dall'attore senza contraddizione alcuna dalla parte avversa, e che la stessa giurisdizione appunto il Tribunale credette di spiegare; tanto vero ch'esso nell'emettere la sentenza del maggio 1895, dopo quella del marzo dello stesso anno non munita di clausola, trovò la necessità di considerare che sebbene dalla notificazione della sua precedente sentenza non si trovassero decorso i 60 giorni utili ad appellare, pure essendone già trascorsi ben molti e non avendo la società d'altra parte dichiarato di voler interporre appello, si potevano senz'altro emettere gli ulteriori provvedimenti e li emise.

La società anche contro cotesto ragionare è venuta a presentare le sue doglianze assumendo che nè il fatto delle parti possa vincerla sulla intrinseca natura della controversia, nè qualunque sia per avventura la convinzione del giudice: ma ciò significa tornare sempre sullo stesso concetto che non la forma del procedimento, ma l'indole della causa si dovesse riguardare a stabilire il termine utile per l'appello.

Attesochè così definita l'unica e vera controversia, alla quale mettono capo tutti i tre mezzi di annullamento, come corollario derivi che il ricorso debba essere rigettato colla condanna della società ricorrente alle perdita del deposito ed alle spese.

Per tali motivi ecc.

Corte di Cassazione di Napoli — *27 febbraio 1897*

Ciampa P. P. — Loffredo *Est.*

Ditta Amendola (avv. P. Capalbo) c. De Gasparre

Cassazione—Avvocato ricorrente nel proprio interesse (art. 522 e 523 proc. civ.) — **Quistione di fatto—Incensurabilità in cassazione** (art. 517 proc. civ.) — **Azione revocatoria — Azione di simulazione—Loro differenza** (art. 1235 cod. civ.)—**Pruova testimoniale—Fatti simulati—Istrumento** (art. 1341 e 1348 cod.civ.).

a) *Non è inammissibile il ricorso per cassazione, firmato dallo stesso ricorrente, allorchè egli sia rivestito della qualità necessaria per l'esercizio del patrocinio davanti la Corte di Cassazione* (1).

---

(1) Nello stesso senso: Cass. Roma, 10 novembre 1891 (*Giurisp. Ital.* XLIV, 1, 1, 435). Contra: Cass. Torino, 16 febbraio 1893 (ivi, XLV, 1, 1, 1127).

b) *È incensurabile il giudizio del magistrato di merito che, in seguito ad apprezzamenti di fatti, ritiene simulato un istrumento di mutuo.*

c) *L'azione revocatoria è concessa solo a chi già trovavasi creditore, quando il contratto* in fraudem *ebbe luogo: mentre l'azione di simulazione fraudolenta è concessa ai creditori anche posteriori.*

d) *Può il terzo provare con testimoni che le dichiarazioni fatte innanzi al Notaio in un pubblico istrumento sono simulate* (1).

La Corte ha considerato che impugnato dalla Banca d'Italia e dalla Ditta Michele e fratelli Amendola, creditrici di Francesco de Gasparre per avallo di costui ad effetti cambiarî dei suoi cognati Vallano, come fraudolentemente simulato il mutuo di lire 25 mila che dall' avv. Giuseppe Nicoletti Altimari apparisce fatto al detto de Gasparre con istrumento del 20 gennaio 1893, e stata ammessa la Banca a provare con testimoni, non essere l'Altimari in grado di fare tal mutuo, ed essersi esso prestato a figurare qual creditore del de Gasparre per sottrarre il costui patrimonio ai creditori istanti contro il medesimo pel fallimento dei Vallano, poichè in Appello la Corte di Napoli ritenne bene ammessa cotesta prova con sentenza del 20 aprile 1896, è questa dall' Altimari ora denunziato per Cassazione, inammissibili dicendosi così l'azione come la pruova.

E del ricorso si è intanto eccepita la inammissibilità

In quanto alla eccezione d'inammissibilità del ricorso, credesi sostenerla perchè il Nicoletti Altimari avvocato ed ammesso, qual'è, a patrocinare avanti la Corte di Cassazione, ha sottoscritto il suo ricorso egli stesso, invece di darne mandato ad altro avvocato, piacendo al resistente Amendola ritenere non dispensato un avvocato, se parte ricorrente, di dare mandato ad altro avvocato di sottoscrivere il suo ricorso, mercè argomento che desume dagli articoli 522 e 523 codice proc. civ. che vogliono sia il ricorso sottoscritto da un avvocato munito di speciale mandato della parte ricorrente.

È mestieri però riconoscere non essere buono argomento quello che piace desumere dai detti articoli. Il ricorso per cassazione è proposto dalla parte, ed è pel doppio interesse riguardo alla parte ed alla serietà del gravame che l'art. 522, mentre detta che il ricorso debba essere sottoscritto da un avvocato ammesso a patrocinare davanti il Supremo Collegio, richiede che l'autorizzazione della parte all' avv. sottoscrivente consti da speciale mandato. E da ciò devesi desumere, che per l'ammessibilità del ricorso se è indispensabile sia esso sottoscritto da un avvocato patrocinante in Cassazione, non perciò possa al ricorrente che riveste le richieste qualità reputarsi inibito di sottoscrivere esso il proprio ricorso. Chè il precetto dettato in detto articolo di dovere l'avvocato sottoscrivente essere munito di mandato della parte ricorrente regola il caso, che

(2) V. Giorgi: *Delle obbligazioni* II. n. 264; Laurent: *Droit Civil*, XVI, n. 461.

è quello comune, in cui l'avvocato sia semplice mandatario; ma non toglie alla parte ricorrente di potere, qualora abbia i richiesti requisiti, sottoscrivere il ricorso esso stesso; e che l'abbia tolto non puossi inferire, atteso che sarebbe ristretto il libero esercizio d'un diritto della medesima, e la restrizione sarebbe ammessa senza una espressa disposizione, in opposizione a quanto è dettato nell'art. 4 delle Disposizioni sulla interpetrazione ed applicazione delle leggi in generale. Quindi è che per l'avvocato patrocinante in Cassazione, il quale sia parte ricorrente, debba ritenersi integro il diritto di poter sottoscrivere esso stesso il suo ricorso, e perciò insussistente sia la eccezione d'inammissibilità che contro il ricorso del Nicoletti Altimari si è creduto per tal ragione sollevare.

In quanto poi al merito del ricorso ha considerato, essere denunziata la sentenza precipuamente perchè, senza discutersi se il *consilium fraudis* e l'*eventus damni* concorressero, l'impugnativa di simulazione fraudolenta era stata ammessa in base ad elementi, che risultarono o eliminati dallo stesso titolo impugnato od ingiustificato per lo meno, mentre sarebbe stata inammissibile; e sarebbe stata, si aggiunge, inammissibile da parte specialmente della Banca Nazionale, il cui credito contro il de Gasparre sarebbe posteriore al mutuo impugnato, a credere del ricorrente. Questo essendo il concetto in cui i motivi del ricorso s'impugnano quasi integralmente, non è malagevole vedere quanto poco riesca valevole, diretto qual'è ad inficiare da un verso apprezzamenti di fatto che dalla Corte regolatrice non sono sindacabili, e fondato dall'altro su i poteri giuridici che alla impugnativa di simulazione fraudolenta non si affanno.

Riferirsi in effetti agli elementi di fatto che pei giudicanti furono argomenti di presumibilità della simulazione del mutuo, per di chè poco apprezzabili o insussistenti del tutto, riesca in danno pei fini di Cassazione della sentenza. Precipui argomenti che risultano rilevati per la presumibilità della simulazione sono da una parte la insufficiente equazione tra la somma mutuata e le garenzie ipotecarie accettate e dall'altra l'ipoteca pel mutuo consentito dal de Gasparre quando egli era già perseguitato con azioni giudiziarie dai creditori Amendola, Castelli e Banca Nazionale.

Ora dire che degli stabili dati in ipoteca il valore reale era maggiore di quello venale, e che di azioni giudiziarie da parte della Banca non esistevano, e quella del Castelli doveva essere estinta col danaro tolto a mutuo, è proprio cosa vana, non essendo a questo Corte regolatrice dato sostituirsi a quella giudicatrice nel compito di verificare gli elementi di fatto relativi e nel giudizio di apprezzamento dei medesimi.

Laonde senza utilità la sentenza è denunziata a cotesto riguardo, come senza opportunità poi la si vuole censurata per avere ammessa l'azione di simulazione fraudolenta senza prima esaminare se concorresse il dis gno nei paciscenti di frodare i creditori del mutuatario de Gasparre, e l'evento del danno di essi creditori. Stante che per accertare appunto il *consilium fraudis* i giudicanti come

di prima istanza così di appello, non paghi delle presunzioni indicate, ammisero la Banca a provare con testimoni i fatti articolati, riservando all'esito della prova il giudizio definitivo a tale riguardo, e d'altra parte palese sin d'allora era il danno della Ditta Amendola e della Banca Nazionale le quali, atteso il prezzo per cui i detti stabili del debitore de Gasparre erano stati venduti, risultati sarebbero certamente incapienti quando il titolo del Nicoletti Altimari fosse stato ritenuto operativo. Far dipendere perciò da siffatte ragioni la inammissibilità della impugnativa suddetta nel rapporto sia della Banca, sia della ditta Amendola, è vano del tutto.

Nè nel rapporto speciale della Banca sia ragione dire, che all'ammissibilità dell'azione della medesima faccia ostacolo l'essere il di lei credito stato ritenuto posteriore al mutuo impugnato. Già non è esatto che questa pretesa posteriorità sia stata ritenuta in fatto nella sentenza.

È vero invece, essere stato il ricorrente quegli che l'aveva affermata, e la Corte rilevando la relativa deduzione, poichè indipendentemente dalla ragione di fatto trovava una ragione di diritto per respingere la eccepita inammissibilità, ammetteva la posteriorità non altrimenti che in ipotesi per dirla irrilevante, trattandosi di azione non pauliana ma di simulazione, qual'era quella in esame.

E quel Collegio si apponeva al vero così giudicando, non perchè il credito della Banca realmente posteriore al detto mutuo, essendo vero invece che a questo preesisteva, ma perchè, supposto pure che sia nato posteriormente, non perciò l'impugnativa di simulazione fraudolenta sarebbe stata inammissibile. È l'azione rivocatoria quella che diretta a fare rientrare nel patrimonio del debitore ciò che in *fraudem creditorum* già ne sia uscito, non puote essere data se non a chi già trovavasi creditore quando il contratto in *fraudem* ebbe luogo: ma l'azione di simulazione fraudolenta, che ciò che apparisce alienato ed obbligato suppone non uscito peranco dal patrimonio del debitore, è data ai creditori anche posteriori, continuando ciò, ch'è reputato permanere in patrimonio del debitore, ad essere la garentia comune di tutti i creditori, come è dettato dall'art. 1949 cod. civ. E però non è senza buona ragione che l'inammissibilità dell'impugnativa veniva respinta rispetto alla Banca, com'era respinta rispetto alla Ditta Amendola.

E non più accettabile il ricorso si palesa in quanto alla prova per testimoni, la quale stata ammessa circa fatti concernenti la simulazione, vuolsi far credere nondimeno inammissibile perchè diretta contro un atto pubblico, qual'è l'istrumento di mutuo, non impugnabile con querela di falso, e diretta in ispecie contro il fatto della consegna della fede di credito rispondente alla somma mutuata seguita in presenza del Notaio. Niuno negherà che l'atto pubblico ricevuto da pubblico uffiziale o da Notaio autorizzato a riceverlo faccia fede delle convenzioni e dei fatti seguiti in presenza dei medesimi. Ma cotesto atto che non è impugnabile altrimenti che con querela di falso in quanto alle dichiarazioni e relativi fatti dei con-

traenti che seguiti avanti il Notaio sono dal medesimo attestati, se invece è impugnato in quanto a verità delle dichiarazioni medesime a simulazione dei medesimi fatti, di cui il Notaio non può attestare certamente, si è allora fuori l'ipotesi dell'art. 1317 cod. civ. e non accade far ricorso alla querela di falso, non essendo più la pubblica fede all'atto attribuita quella contro cui si attenta; ed a dimostrare la simulazione è ammesso invece ogni mezzo di pruova, non escluse le presunzioni o la prova per testimoni. E la ragione è chiara, e sta nell'impossibilità, massimamente pel terzo non intervenuto nell'atto, di procurarsi la prova scritta della convenzione vera e dell'artifizio adoperato in simulare le apparenze dei fatti relativi avanti il Notaio, onde l'applicazione dell'art. 1348 e la deroga dell'altro art. 1341 cod. citato. Laonde essendo l'impugnativa non altra da quella di simulazione fraudolenta, a torto è denunziata la sentenza anche sotto questo rapporto. Ed a torto eziandio la si accusa di contraddizione, apponendole di avere ad un tempo qualificata la simulazione ora semplice ed ora fraudolenta, chiaro essendo da tutto il contesto della medesima non essersi mica confusa l'una con l'altra. E però è mestieri che il ricorso sia respinto ed il ricorrente soggiaccia ora a condanna nelle spese relative ed alla perdita del deposito.

Senza soffermarsi all'eccezione d'inammessibilità del ricorso lo rigetta.

. . . .

Corte di Appello di Napoli (Sez. 1.ª) — *8 marzo 1897*

Nunziante *P. P.* — Bianco *Est.*

Stabile (avv. P. Tuozzi) c. Stabile (avv. A. Orilia)

Pruova testimoniale—Sentenza di appello—Lista dei testimoni—Procuratore (art. 233 e 234 proc. civ.)—**Proroga—Termine pendente pel raccoglimento** (art. 47, 246 proc. civ.).

a) *Quando la Corte di Appello, avocando a sè il merito della causa, ha disposto una pruova testimoniale e ha delegato per il raccoglimento un giudice del Tribunale, la lista dei testimoni deve notificarsi dal procuratore al procuratore costituiti innanzi alla Corte d'Appello e non da quello a quello costituito precedentemente innanzi al Tribunale.*

b) *Si può concedere una proroga al raccoglimento delle prove testimoniali, quando prima della udizione di alcun testimone e pendente il termine per la prova, la parte l'abbia chiesta.*

La Corte ha considerato che una sua sentenza del 14 agosto ultimo, provvedendo sull'appellazione di Alfonso Stabile dalla sentenza del tribunale di Salerno del 27 dicembre 1895, che avea annullata per simulazione la vendita a lui dalla madre fatta di quel che le spettasse dalla successione della premorta figliuola Carolina, dispose una duplice prova per testimoni a carico vicendevole dei

litiganti, di lui Alfonso, cioè, e della germana Luisa. Delegò per raccoglierla un giudice del tribunale da scegliersi da quel presidente, e fece obbligo al cancelliere di spedire nella cancelleria di questa Corte i verbali originali, riservando il merito e le spese. In esecuzione di tale sentenza, il procuratore di Alfonso Stabile, eletto in Corte di appello, Riccardo Pascale, nèl 16 ottobre richiedeva al giudice delegato l' ordinanza per la prova, che ottenne pel successivo giorno 26, che nel 19 dello stesso mese notificava al procuratore della Luisa Stabile, costituito in Corte di appello signor Vincenzo Aurelio, elettivamente domiciliato nello studio del prof. Tuozzi in via Duomo 77, facendolo seguire da altro atto della stessa data, col quale nello stesso modo notificava la lista dei testimoni. Nel 13 ottobre intanto Donato Trani, procuratore della Luisa Stabile, costituito innanzi al Tribunale di Salerno, provocò dal giudice delegato ordinanza per la sua prova, che, ottenuta pel 26 di quel mese, notificò al signor Ricciardi, procuratore innanzi al Tribunale di Salerno di Alfonso Stabile, la ordinanza, facendola seguire, nel successivo 20 ottobre, da altra simile notificazione della lista dei testimoni.

Nel 26 di questo mese stesso giorno assegnato per la prova della Luisa, il germano Alfonso Stabile dedusse la nullità del procedimento da costei serbato per la illegale notificazione degli atti di una prova delegata dalla Corte al procuratore costituito innanzi al Tribunale, al che dirimando il procuratore della Luisa, pur mantenendo la validità del fatto suo, opponeva la nullità della notificazione degli atti al procuratore Aurelio nel domicilio dell' avvocato Tuozzi per irregolare relata dell' usciere; chiedeva ad ogni modo, nella ipotesi della nullità degli atti suoi, poichè non era ancora scorso il primo, una proroga al termine per la udizione dei testimoni. Nel 30 ottobre poscia, quando fu aperto il verbale per la udizione dei testimoni di Alfonso Stabile, dal procuratore della Luisa fu rinnovellata la eccezione di nullità per la errata notificazione al procuratore costituito in Corte di Appello, e la monca relata dell' usciere, e la domanda di proroga. Gl' incidenti, sollevati nei due verbali innanzi riferiti, sospesa l' udizione dei testimoni, furono dal giudice delegato rinviati alla Corte, ove li ha recati a discussione la Luisa Stabile con l'atto del 1 novembre 1896.

Che le eccezioni di nullità del procedimento, vicendevolmente lanciantisi i contendenti, rappresentano proposizioni così opposte, che accoglierne una, virtualmente importa ripudiarne l'altra. E pigliando ad esame le deduzioni dell'Alfonso Stabile avverrà di scorgere, che sono esse fondate sul concetto che, disposta dalla Corte la prova, ed avocato a sè il merito della lite, la delegazione fatta al giudice di prima istanza, limitata all' udizione dei testimoni, trasfonde in costui una parte dei poteri del magistrato delegante, per guisa che tutti gli atti, che da lui muovono, e innanzi a lui si svolgono, come delegato della Corte, devono rivestir le forme ed esser compiuti da coloro, che innanzi alla Corte stessa avrebbero facoltà di compierli.

Che alla verità di questo concetto non puossi agevolmente contradire. Avocato dalla Corte tutto il merito del contendere riesce evidente che il magistrato di prime cure non avrebbe nessuna giurisdizione da esercitare; e quello che il giudice procedente esercita non è che la delegata dalla Corte. Ogni cosa deve innanzi a lui svolgersi come se innanzi alla Corte si svolgesse; non potrebbero di conseguenza rivivere le funzioni del procuratore costituito presso il tribunale, la cui giurisdizione non sarebbe mai più adibita dopo il raccoglimento degli esami. L'opera di codesto procuratore, altrimenti che quello del procuratore costituito in Corte d'Appello, darebbe a divedere che il procedimento dovesse seguire innanzi al giudice delegato con le forme proprie di quello di prima istanza. Il che è assolutamente escluso dal concetto espresso dalla sentenza della Corte, ed accettato dalle parti, dalla completa avocazione cioè del merito del contendere.

Che le notificazioni, eseguite al procuratore nel domicilio in Napoli iscritto, sono perfettamente conformi alla legge. Di qui discende che il procedimento serbato dall'Alfonso Stabile è interamente scevro di qualsiasi nullità, e che pel converso ne sia infetto quello tenuto dalla Luisa.

Che pel pacifico principio della unicità degli esami testimoniali, avendo la Luisa Stabile nel 26 ottobre pria della udizione di alcun testimone, quando cioè era ancora pendente il termine per la prova, chiesta una proroga per ripetere appunto gli atti per avventura non conformi a legge, è necessità che un novello termine a tal fine debba esserle conceduto, nel quale ella ripeterà gli atti già compiuti contro le forme di legge.

Che van rinviate le spese di questo incidente.

La Corte, ecc.

CORTE DI APPELLO DI NAPOLI (2.ª Sez.) — *12 marzo 1897*

SPERANDIO *Pres.* — POLEMONDO CHIAIA *Est.*

Ciccone (avv. Giov. M. Rossi) c° Iamurri (avv, Iodice)

Sequestro conservativo — Elementi per procedervi — Conto — Ragione creditoria — Non dà motivo a sequestro (art. 924 P. C.).

a) *Per ottenere il sequestro conservativo è necessario che il credito sia certo, ossia che il credito sia constatato in genere o vi siano almeno argomenti sufficienti per far credere alla sua esistenza.*

b) *Non è lecito ad alcuno affermarsi creditore in base di un conto che si deve discutere, ed in tal caso non gli si può concedere la facoltà di procedere a sequestro conservativo.*

c) *Per autorizzare il sequestro conservativo non basta l'essere creditore, ma debbono concorrere giusti motivi di sospetto o di timore di perdere le garentie del credito e questi motivi sono dal legislatore tassativamente determinati per evitare gli arbitrii di apprezzamento.*

d) *Annullato un sequestro conservativo è debito di equità e di giustizia 'l risarcimento dei danni-interessi.*

Con libello dei 17 novembre 1892 Giacinto Iamurri convenne Domenico Ciccone per lo scioglimento della società che si era fra essi costituita per l'esazione dei dazi nel Comune di Carpinone pel quinquennio 1891-95, pel rendiconto della gestione tenuta da esso Ciccone e pel pagamento della penale incorsa. Il convenuto spiegò domanda riconvenzionale e con la sentenza del 22-29 dicembre 1893 considerato che per le pretese violazioni dei patti sociali dedotti dall'attore mancava ogni prova, e che per le altre lamentate dal convenuto trovavasi appena qualche elemento di giustificazione nei documenti esibiti, fu disposta prova dei fatti rispettivamente allegati. Compilata la prova fu Ciccone che riprodusse la causa. Con sentenza del 28 luglio 1894 si dispose il reciproco rendiconto delle riscossioni che Iamurri fece dal I.° marzo a luglio 1893, Ciccone dal 1.° gennaio 1891 a tutto il mese precedente alla presentazione del suo conto e si rinviò all'esito ogni apprezzamento delle risultanze delle prove raccolte e dei documenti prodotti per accertare se infrazioni al contratto vi furono e per colpa di chi.

I conti furono depositati nel 12 settembre 1894. Ma, con atto del 29 agosto 1894 Iamurri aveva già spinta una seconda istanza esponendo che per l'apertura dei lavori ferroviari avea acquistato diritto ai maggiori utili nella riscossione dei dazi ed a fornire l'ufficio di un personale di aiuto che Ciccone aveva ricusato.

Il Tribunale con sentenza del 6 febbraio 1895, riunì le due cause, dispose la prova dei nuovi fatti libellati, ed accordò a Iamurri il termine di giorni 20 per impugnare i conti presentati dal convenuto il quale portavasi di lui creditore nella somma di lire 1433,79 per quota d'esito superante introito. Il termine di 20 giorni, onde Iamurri avesse significato il conto reso da Ciccone, spirò il 15 marzo 1895, ma non se ne curò prima del 3 agosto di quell'anno. Sull'appello prodotto da Ciccone vi fu sentenza della Corte che modificò il pronunziato del Tribunale in ordine agli estremi della prova disposta pei fatti libellati nella seconda istanza.

Alla quale istanza due altre seguirono, proposte dallo stesso Iamurri, l'una in data dello stesso 3 agosto 1895 per la nomina di giudice onde addivenire alla discussione dei conti, l'altra dei 2 febbraio 1896 per costringere Ciccone a riceversi per aiuto nell'ufficio un tal Giuseppe di Giovanni.

Con ordinanza incidentale del 7 agosto 1895 fu destinato il giudice per l'esame dei conti, ma questi rimasero sempre indiscussi. E, mentre erano ancora pendenti i dovuti provvedimenti di merito su tutta la materia controversa, Iamurri pensò meglio rivolgersi al Presidente del Tribunale con un ricorso, in cui riassumendo i fatti suaccennati e facendone versione, traendone argomento secondo il proprio modo di vedere, qualificando il suo avversario per un debitore decotto, chiese ed ottenne decreto del 21 aprile 1896, e con previa cauzione di lire 500 gli si permetteva procedere in danno del suo socio a sequestro conservativo sino alla concorrenza del preteso credito di lire 8 mila.

E questo sequestro venne in fatto eseguito con verbale dei 22 dello stesso mese sopra una ingente quantità di vino per lire 17969,70 e che poscia il Tribunale convalidò con sentenza 18 maggio 3 giugno 1896 riducendolo a sole lire 5 mila.

Da questa sentenza ha appellato Ciccone.

Osserva — Che nei fatti come sopra delineati non si vede alcuna ragione che valga a legittimare la brusca esecuzione del sequestro in danno dell' appellante.

Nell'art. 924 cod, proc. civ. espressamente si legge, che al solo creditore è concessa la facoltà di domandare il sequestro conservativo, e per costante insegnamento della scuola e del foro devesi intendere per creditore chi tale sia in realtà di fatto. Egli è vero che per la concessione di siffatto provvedimento, la cui indole consiste in una semplice cautela non si richiede la prova piena e rigorosa del credito, come la si chiede nell'istante da cui si mette in moto l' azione di pagamento, e però si può concedere il sequestro conservativo anche per credito illiquido e non ancora scaduto e anche condizionale, poichè il creditore ha il diritto di garentire la conservazione del suo credito, onde non rimanere frustrato allorquando potrà conseguire il suo avere, ma ai fini del legislatore vuolsi sempre che il credito sia almeno constatato in genere, che vi sieno cioè argomenti sufficienti per fare credere alla sua esistenza.

A questo postulato del diritto deplorevolmente non rese omaggio l' impugnata sentenza che convalidò il sequestro sol perchè dagli atti delibati del giudizio apparve la *possibilità*, che Iamurri risultasse creditore di Ciccone; ma la sola *possibilità* vale lo stesso che incertezza, e per un credito incerto non era lecito una violenta esecuzione, che il legislatore ha inteso di concedere in determinati casi eccezionali.

Richiamando infatti tutte le precedenti sentenze pronunziate nel corso del lungo giudizio e dalle quali nessun argomento può dedursi che valga a dimostrare l'esistenza di un credito qualunque a favore di Iamurri, doveva il Tribunale fra tutte le altre tenere presente quella del 28 luglio 1894 che dispose la reddizione dei conti, in esito ai quali riservavasi ogni apprezzamento sulle prove orali raccolte e sui documenti prodotti; nè avrebbe dovuto perdere di vista che sebbene i conti di Ciccone fossero stati depositati fin dal 12 settembre di quell'anno, Iamurri che li contestò appena nel 3 agosto 1895 non si è più curato d'insistere sulla discussione dei medesimi.

Se adunque allo stato delle cose non ci sono che le due domande reciproche, dell'uno che pretende di essere in credito dell'altro e viceversa; se queste due domande non possono essere altrimenti giustificate se non con l'aggiustamento del dare e dell'avere, e col bilancio riassuntivo dell'esito e dell'introito; se è risaputo che niuno possa affermarsi creditore in base di un conto che si dovrà ancora discutere, il credito accampato da Iamurri nella somma di lire 8mila, e poi ridotto, comecchè consistente, allo stato degli atti, nella isolata e nuda sua assertiva, non poteva servire di titolo all'esecuzione di un sequestro conservativo.

Osserva, che di fronte al letterale precetto del sovracitato articolo 924 cod. proc. civ. è troppo evidente che per autorizzare il sequestro conservativo non basta l'essere creditore, ma debbono altresì concorrervi giusti motivi di sospetto o di timore di perdere il suo credito, e questi motivi sono stati dal legislatore tassativamente determinati nell'articolo medesimo per togliere un soverchio arbitrio al potere di apprezzamento dei giudici. Ora Iamurri nel ricorso che presentò al presidente del Tribunale non accennò ad altra ragione per cui si fece a chiedere il sequestro conservativo meno quella sola che il suo preteso debitore era decotto e non aveva beni immobili sufficienti a coprire il suo credito. Ragione questa che evidentemente non entra nei fini del legislatore, imperocchè se la condizione economica di Ciccone era anche tale nel tempo in cui fu costituita la societá, nè fu peggiorata in presieguo, Iamurri dovea imputare a sè stesso per aver contrattato con un socio insolvibile, e non vessare costui con estemporanea esecuzione.

Occorreva che Iamurri avesse dimostrato che dopo la costituzione sociale era sopravvenuto un deterioramento notevole nello stato finanziario del voluto suo debitore, e nel difetto di questo estremo di fatto al Tribunale non era lecito convalidare l'ingiusto sequestro.

Ma d'altronde neppure è esatto che Ciccone versasse realmente in condizioni economiche insufficienti a soddisfare un qualunque credito anche maggiore della somma di lire 5mila, per cui fu convalidato il sequestro in favore di Iamurri.

Oltre la ingente quantità del vino esecutato, Ciccone possiede stabili e paga per imposte dirette l'annua somma di lire 339,17 ; è tesoriere comunale, ed oltre all'avere versato in garentia del Comune altra somma di lire 5200, ha crediti; possiede somme di alcune migliaia alla Cassa postale; fu sempre puntuale nei pagamenti ; nè si ha notizia di sorta che per inadempienza ai suoi impegni fosse stato compulsato da atti giudiziarii.

Osserva che gli argomenti vaghi e per induzione di Iamurri dedotti in sostegno del sequestro, non approdano allo scopo di giustificarne la legittimità. Egli dice che la prova della fraudolenza di Ciccone a distruggere tutte le garentie del suo credito si desume dall'avere nei conti presentati fatto scomparire i guadagni, non rilasciando le bollette dei dazi riscossi, o rilasciandole irregolari. Ma dov'è la prova di questa sua affermazione? Potrá aversi solamente nell' esame dei conti ed allora soltanto, come ben disse il Tribunale nella sua sentenza dei 28 luglio 3 agosto 1894, si potrà fare il giusto apprezzamento delle testimonianze di Leonardo Venditti, di Leonardo e Pasquale di Maggio, di Domenico Perna, tutti e quattro notoriamente avversarii di Ciccone, e che sono i soli a dichiarare di aver pagato il dazio pel vino senza ricevere le bollette. Se mala fede fosse dominata nella riscossione dei dazi affidata a Ciccone, era giusta ragione per la risoluzione della Società, ma non è prova che Iamurri si debba perciò ritenere creditore.

Nè è esatto che Ciccone con inutili eccezioni e cavilli si fosse industriato a prolungare il giudizio. Ciccone si è difeso, ecco tutto,

Un solo appello interpose dalle tante sentenza di prima istanza e ne riportò parziale vittoria. Se il giudizio è ancora pendente la colpa è tutta di Iamurri, il quale non prese la dritta via per la salvezza delle sue ragioni. Sorto tra lui e Ciccone lo screzio, se i conti dovessero farsi nell'ufficio della riscossione, come giustamente pretendeva Ciccone, e non nella casa di Iamurri come questi esigeva, Iamurri avrebbe potuto sbrigarsene fin dal primo momento con una semplice citazione per la reddizione dei conti in sede giudiziaria e discuterli, e dopo l'esame di essi provvedere ai proprii interessi. Invece moltiplicò le sue istanze, provocando ad ogni istanza provvedimenti senza utilità immediata, e quantunque i conti fossero stati da Cicoone prodotti fin dal 12 settembre 1894; Iamurri non ancora ne ha sollecitato la discussione innanzi al giudice delegato.

Soggiunge pure Iamurri che senza dubbio dovettero verificarsi tanti guadagni nella riscossione dei dazi nel quinquennio sociale, perchè Ciccone avendone assunto l'appalto per un decennio posteriere, e quando già erano esauriti i lavori ferroviarii, elevò l'annuo canone da lire 3600 a 5300. Ma questo non è un argomento diretto di un creditore qualunque contro il gestore, è piuttosto un quesito, un problema che deve essere discusso ed esaminato sotto molteplici punti di vista per sapere le vere cause dell'elevamento del canone.

Ma checchè ne sia di tutto ciò, devesi osservare che la giustificazione in genere del credito per mantenere un sequestro conservativo, se può fornirsi anche nel momento in cui se ne richiede la conferma vuolsi però che tale giustificazione si faccia con prove pronte ed immediate, non con argomenti induttivi che richiedono serie discussioni, e non vaghe testimonianze che nulla deposero nell'interesse del preteso credito.

Osserva, che trovandosi il sequestro, perchè eseguito senza causa è debito di equità e di giustizia che l'appellante Ciccone sia risarcito di tutti i danni materiali prodottigli non essendo il caso di aggiudicarglisi anche i pretesi danni morali, perchè il suo credito come negoziante non è rimasto affatto pregiudicato dalla inconsulta esecuzione. Che indipendentemente dall'obbligo del risarcimento dei danni da liquidarsi, è inesorabile conseguenza della revoca l'altro obbligo del rimborso delle spese.

....

CORTE D'APPELLO DI NAPOLI (Sez. 1.ª) — *29 marzo 1897*

NUNZIANTE *P. P.* — CONTI *Est.*

Pagnotta (avv. F. Castelli) c.° Ditta Eiermann e Tabor (avv. F. Parisi)

Commerciante — Operaio — Loro differenza (art. 8 cod. comm:).

Fallimento — Creditore unico (art. 683, 684 cod. com:).

a) *La qualità d'operaio non è incompatibile con quella di commerciante.*

b) *Il criterio per distinguere l'operaio dal commerciante sta in ciò. L'operaio acquista la merce in occasione e dopo l'ordinazione che gli è stata fatta; il commerciante invece acquista la merce per trasformarla e rendere a chiunque il prodotto dell'arte sua.*

c) *Basta un solo creditore per causa di commercio, il quale non sia soddisfatto, per domandare il fallimento del suo debitore (1).*

Attesochè sulla istanza della ditta Eierman e Tabor di Baviera fu dal Tribunale di Napoli con sentanza dei 16-18 novembre 1896 dichiarato il fallimento di Luigi Pagnotta, di cui la mentovata ditta è creditrice in virtù di cambiali protestate.

Avverso questa sentenza il Pagnotta ha prodotto appello, e deduce che egli non sia commerciante, e che non si trovi nello stato di cessazione dei pagamenti.

Atteso che l'essere il Pagnotta commerciante risulta dalla natura stessa delle sue operazioni. Egli, nelle sue difese in prima istanza ed in fatto, non disconosce che acquistava dalla ditta Eierman e Tabor foglietti e polvere d'oro fuso e falso per adibirle alle opere dell'arte sua, cioè di operaio doratore. Siffatta operazione è propria del commerciante, il quale trasforma le merci per rivenderle dopo averle trasformate e lavorate: art. 3 n. 1 cod. di commercio. L'essere egli un operaio non esclude che possa essere commerciante, perchè non vi ha alcuna incompatibilità tra le due professioni. Ora se le operazioni del Pagnotta costituiscono atti di commercio, se non può egli affermare che il prodotto della lavorazione si rivendesse per conto di altri, se a ciò si aggiunge che accettava cambiali in soddisfazione del prezzo della materia prima, il che esclude che la lavorazione facesse per conto altrui, non può dubitarsi che fosse commerciante, ed è perfettamente ozioso indagare se la bottega nella quale lavorava fosse o meno a lui intestata, o locata da altri, come è ozioso indagare se il nome del Pagnotta figurasse o meno nei ruoli della tassa di ricchezza mobile e di quelli della Camera di commercio.

Atteso che il Pagnotta col suo gravame insiste maggiormente nel sostenere che egli sia soltanto un operaio; ma questa Corte ha costantemente ritenuto in conformità di quanto la giurisprudenza ha statuito, che il criterio per distinguere l'operaio dal commerciante sta in ciò, che se la merce l'operaio acquista ad occasione e dopo l'ordinazione che gli è stata fatta è un semplice operaio, un locatore d'opera che si serve della stessa per essere in grado di esercitare il suo mestiere, e ricevere poi il compenso del lavoro eseguito; ma se acquista la merce per trasformarla e vendere a chiunque il prodotto dell'arte sua, non è più un operaio ma un commerciante, perchè la merce costituisce un mezzo, un oggetto di speculazione. Ora applicando siffatto criterio alla specie si ha che mentre dal bilancio compilato dal curatore risulta che il Pagnotta ebbe dalla ditta Eierman e Tabor di Baviera foglietti e polveri d'oro per uso dell'arte sua per lo ammontare di lire 648, non ha esso Pagnotta saputo indicare nemmeno le persone dalle quali ebbe le ordinazioni, il che dimostra che le ordinazioni il medesimo non ebbe prima che acquistasse la merce, e che l'acquisto non fosse acquistato ad ogni singola ordinazione; ma che la merce stessa avesse acquistato per

---

(1) **Giurisprudenza costante: Vedi App. Napoli, 12 dicembre 1892 con la nota dell'avv. F. Parisi *(Mov. Giurid.* 11, pag. 182).**

trasformarla, e venderne il prodotto a chiunque si presentasse alla bottega dove esercitava il suo mestiere. A siffatta considerazione può aggiungersi che il curatore ebbe a fare delle indagini, e seppe che il Pagnotta precedentemente avea magazzino al Largo S. Giovanni Maggiore, ove esercitava il commercio d'indoratore, acquistando da diverse case oro e polvere metalliche, e dove furono elevati varii protesti ad istanza di diversi creditori, tra i quali la casa Moritz Müller, che inoltrò pure altra istanza di fallimento in epoca non molto remota.

Atteso che per tal modo rimane accertata la qualità di commerciante nel Pagnotta e che il primo motivo dell'interposto gravame non abbia legale fondamento.

Attesochè l'appellante deduce che egli non si trovi in istato di cessazione di pagamenti, ma neanche questo motivo ha fondamento giuridico. Una cambiale di lire 168 fu protestata dalla creditrice ditta la quale inoltrò un primo atto di citazione per la dichiarazione di fallimento; ma quando la causa era passata il decisione il Pagnotta riaprì i termini, e pagò lire 100 ottenendo la radiazione della causa dal ruolo. Però egli non curò di pagare la resta, la ditta gli fece protestare altre due cambiali scadute a 28 aprile, ed a 28 maggio 1896, e con posteriore atto del 9 ottobre chiese la dichiarazione di fallimento. Non una sola cambiale adunque fu protestata, e se fu un solo creditore che contro di lui ebbe ad agire, ciò non muta la sua condizione, perchè l'art. 684 C. C. prescrive che il fallimento è dichiarato o ad istanza *di uno*, o più creditori, o di ufficio. Qui il fallimento è dichiarato ad istanza di un solo creditore. Nè può ritenersi contestato il credito della ditta, perchè il Pagnotta non disconviene di essere debitore, ma deduce, che la somma pagata debba imputarsi a quella cambiale protestata, e non alle spese, occorse nel giudizio terminato con la cancellazione della causa dal ruolo.

Risulta dal verbale di verifica di crediti che il Pagnotta affermò di aver pagato alla ditta lire 200 sulla cambiale del 14 marzo 1896 e relative spese. Però la ditta nell'insinuare nel passivo del fallimento i suoi crediti ammise di aver ricevuto in conto della cambiale soltanto lire 100, fece ammontare il residuo a lire 68, ma poi insinuò anche gli altri due crediti risultanti dalle due cambiali 28 aprile e 28 maggio di lire 156 ognuna, sulle quali non cadde contestazione. Ora se queste due ultime cambiali furono protestate prima della 1ª istanza per dichiarazione di fallimento, che ha la data del 9 ottobre 1896, non può certamente ritenersi contestato il credito risultante dalle stesse. Non si tratta adunque di un sol credito discutibile e contestato, ma si tratta di più crediti risultanti da diverse cambiali, salvo alcune sulle quali non cadde contestazione di sorta.

Il Pagnotta adunque si trova nello stato di cessazione di pagamenti ed anche per questo lato l'impugnata sentenza è incensurabile.

Attesochè confermandosi l'impugnata sentenza l'appellante deve essere condannato alle spese, le quali vanno collocate con privilegio sulla massa del fallimento, essendo stato tanto il creditore istante, quanto il curatore obbligati a rimuovere l'ostacolo che col gravame si opponea al corso della procedura del fallimento. Art. 370 C. P. C.

CORTE D'APPELLO DI NAPOLI (1.ª Sezione) — *29 marzo 1897*

NUNZIANTE *P. P.* — GUERRITORE *Est.*

Ravelli c.° Ravelli

Donazioni di cose mobili — In che modo può farsi — Atto annullabile (art. 1070 cod. civ:). — **Contratti — Loro interpretazione** (art. 1131 cod. civ.)—**Appello incidentale — Comparsa aggiunta** (art. 487 proc. civ:) — **Interessi legali — Loro misura** (art. 1831 cod. civ:) — **Successione — Disposizione a favore dell'anima — Cappellania — Celebrazione di messe** (art. 831 , 833 cod. civ:).

a) *La donazione di cose mobili si può fare in due modi diversi cioè o mediante la specificazione nell'atto della donazione con indicazione del loro valore, oppure mediante la nota a parte sottoscritta dal donante, dal notaio e dal donatario.*

b) *La donazione di mobili mancante della specificazione dei medesimi, è annullabile, non inesistente, quindi può sanarsi o ratificarsi.*

c) *Quando la parola dei contraenti è chiara ed esplicita, non può farsi questione di volontà nell'interpretazione di un atto.*

d) *È validamente proposto l' appello incidentale con la comparsa aggiunta, essendo questa una continuazione della prima.*

e) *Quando non è determinata la misura degl'interessi da pagarsi in materia civile, questa è la legale al 5 0l0.*

f) *La legge vieta le disposizioni generiche a favore dell' anima e la costituzione delle cappellanie come enti morali autonomi per sè stanti con determinata assegnazione di beni stabili; ma non vieta l'esercizio privato del culto mercè la celebrazione di messe, la quale sia un onere imposto a un legatario o donatario o erede.*

Attesochè lo scopo della legge nel dettare l'art. 1070 cod. civ. fu quello d'individuare in modo gli oggetti donati da impedire che possano nell'eseguirsi la donazione essere cambiati con altri che non furono mai donati, e ciò tanto nello interesse del donante quanto del donatario.

La legge però non prescrive tassativamente il come debba farsi tale specificazione:

Nell'art. 1070 è detto: « Qualunque donazione di cose mobili non « è valida, che per quelle specificate con indicazione del loro valore « nell' atto stesso della donazione, ovvero in una nota a parte sotto« scritta dal donante, dal notaio e dal donatario o da chi accetta per « esso, se interviene all'atto: la nota sarà unita all'originale della « donazione ».

Dunque sono due le ipotesi previste in cotesto articolo, cioè o la specificazione con indicazione del loro valore, o la nota a parte sottoscritta dal donante, dal notaio e donatario.

Ora in verità dall'atto di donazione 29 maggio 1895 chiaramente si desume che entrambe le ipotesi si verificano.

Conciosiachè nell'art. 5.° della donazione fatta da Luisa Ravelli al nipote Eduardo è detto nei seguenti termini: « la signora Luisa

« Ravelli dona irrevocabilmente al nipote Eduardo parte dei mobili « che possiede nella sua casa al vico Dattilo a Mergellina, e pro- « priamente quelli che si trovano nell'anticamera dov' è la Cappella « nella sua stanza da letto, nel salone, nella stanza che precede la « stanza da letto, e nella stanza della cameriera. »

Nell'art. 12 poi dello stesso atto la donante garentisce la donazione dei mobili fino alla concorrenza del loro valore calcolato in lire seimila.

Dunque la prima ipotesi è verificata; i mobili donati sono specificati con tutta la chiarezza possibile, vi è l'indicazione del loro valore, e ciò basta per ritenere che la donazione dei mobili fatta dalla Luisa Ravelli al nipote Eduardo sia valida.

Ma è valida ancora per la seconda ipotesi, cioè della nota. Gli è vero, che cotesta nota non fu firmata dalla donante; per altro si ponga mente, che siffatta nota, sottoscritta dal donatario e dal notaio col rispettivo valore di ogni oggetto, non fu redatto dopo l'atto di donazione, ma invece la stessa fu redatta prima, letta alla donante che non poteva firmarla, ed alligata all'istrumento di donazione.

Nè qui si obbietti, esservi una diversità tra la nota presentata all'ufficio del Registro con quella estratta dall'originale conservato dal notaio, imperocchè fino a quando l'atto notarile non è impugnato di falso, è la copia del Notaio che fa fede, e non quella dell'ufficio del Registro.

Essendo adunque anche la nota dei mobili alligata all'istrumento di donazione, ed accettata dalla donante Luisa Ravelli, si ha così, che anche per la seconda ipotesi, la donazione dei mobili fatta all'Eduardo è valida.

E poi fu anche ratificata dalla donante Luisa Ravelli col posteriore istrumento del 18 agosto 1895. E qui si obbietta, che nel caso che la donazione di mobili mancasse della firma del donante, si avrebbe una nullità assoluta, da ritenersi impossibile la conferma o ratifica.

Ma cotesta obiezione non è esatta.

Per fermo: allora quando un atto è travagliato da nullità assoluta, la legge usa la frase *non può* siccome quella che toglie ogni potestà di diritto e di fatto, e quindi ne risulta una necessità precisa di conformarsi alla legge ed un'impossibilità assoluta di fare ciò che essa vieta: *negativo praeposito verbo potest, tollit potentiam iuris et facti, et inducit necessitatem praecisam, designans actum impossibilem*. Molineo.

Si fa osservare bensì, che soltanto le nullità sostanziali viziano l'atto nella sua essenza, perchè la formalità omessa è necessaria alla sua esistenza, o indispensabile per adempirsi lo scopo che il legislatore si ha proposto nel prescriverla, ed in ciò la massima *actus non potest consistere sine substantia.*

In quella vece le formalità estrinseche servono a corroborare un atto che di per sè ha esistenza, od a provare l'adempimento delle formalità richieste perchè l'atto abbia la sua perfezione; per modo

che mancando in tal caso la formalità estrinseca, si ha un atto annullabile, e non colpito da nullità assoluta.

Ora l'art. 1070 cod. civ. non dice già che la donazione di mobili, mancante della specificazione fosse nulla, ma dice solo che non è valida; cioè, che, essendo codesta mancanza non attinente ad una formalità intrinseca dell'atto od esistenza di essa, ma estranea al consenso, non rende la donazione nulla assolutamente od inesistente, ma la rende semplicemente annullabile. Ed allora si ha una nullità relativa, la quale può essere sanata con la conferma o ratifica *quando actus nullus est, favore alicuius intelligitur, si ipse velit, esse nullus.*

Dunque anche quando voglia ritenersi in ipotesi non concessa, che la mancanza della firma alla nota dei mobili donati ne spingesse alla nullità, potrebbe dirsi annullabile, e quindi ammessibile la ratifica, che in effetti ebbe luogo col posteriore istrumento del 18 agosto 1895.

Attesochè il signor Gabriele Ravelli fa una subordinata deducendo, che nella nota manchi la determinazione dei mobili in rapporto al contenuto della donazione, ma questa subordinata è anche inattendibile; avvegnachè la legge vuole la specificazione degli oggetti donati, da poterli individualizzare; ora ciò si rileva per gli oggetti donati dalla Luisa Ravelli col detto istrumento. Dunque anche per tal riguardo la donazione è valida.

Attesochè l'appellante Gabriele Ravelli sostiene che l'istrumento del 18 agosto 1895 contenga un contratto vitalizio. Il Collegio invece ritiene che quell'istrumento racchiude un vero contratto di alienazione e vendita.

Per fermo, è principio di diritto, che non debba farsi questione di volontà nell'interpetrazione di un atto, quando la parola dei contraenti è chiara ed esplicita, *cum in verbis nulla ambignitas est, non est admittenda voluntatis quaestio.* Ora basta attendere all'istrumento del 18 agosto 1895 per leggervi in tutti i periodi la parola *vendita.*

Ma a prescindere dall'interpetrazione letterale, la intenzione delle parti contraenti è fatta palesa dalla stessa assertiva di quest'istrumento ov'è detto, che la Ravelli vendeva lo appartamento al nipote Eduardo a fine di diminuire le sue obbligazioni, ed accrescere la rendita, disponeva del prezzo in un duplice modo; con parte di esso si toglieva l'obbligo del mutuo col Credito Fondiario e lo accollava all'acquirente, più si riserbava una somma per disporne alla sua morte; con la residuale parte poi del prezzo si costituiva un vitalizio di lire 600.

Per tal modo, spicca dall'istrumento del 18 agosto 1895, e con troppa evidenza, un vero, proprio e principale contratto di compra vendita: vi si scorge lucidamente che il vitalizio non è il patto principale, ma un accessorio di questo, massime quando si dice che il vitalizio è formato su di una resta di prezzo, e quando di questo prezzo solo una parte minima servi allo scopo del vitalizio. Ed allora, pure ammettendo, in ipotesi non concessa, che l'alea sia un

elemento essenziale al contratto di vitalizio, essa vi si trova, se poni mente, che cotesto vitalizio di lire 600 non è formato su tutto il prezzo dell' immobile, bensì su quella parte dello stesso esclusa dai pagamenti a farsi al Credito Fondiario e dopo la morte della signora Ravelli venditrice.

Attesochè il signor Eduardo Ravelli col suo appello cerca diminuire la cifra delle lire 4000 riservate nel contratto, di quanto risulterà l'onere, accollatosi del pagamento del debito al Credito Fondiario, superiore alle lire 8200 indicate nel detto contratto. Ma è una posizione inesatta questa dell'Eduardo Ravelli. Imperocchè se la venditrice Luisa Ravelli volle che l'acquirente oltre l'accollo del debito, si obbligasse a pagare un vitalizio, e la somma di lire 4000, non è dato diminuirla, solo perchè l' accollo del debito è risultato maggiormente oneroso di quanto prevedevasi. L'obbligo dell'Eduardo pel pagamento delle lire 4000 è di per se stante, non ha alcun rapporto o relazione con l'accollo del debito verso il Credito Fondiario. La Luisa Ravelli volle espressamente che l' acquirente Eduardo si accollasse la parte del debito col Credito Fondiario, e solo *indicationis causa* se ne disse la cifra; onde se tale indicazione risulti erronea, la si potrà correggere, ma il debito delle lire 4000 restar debbe intangibile.

Attesochè viene proposto dal signor Gabriele Ravelli appello per incidente circa la decorrenza degl' interessi sulle lire 4000; si deduce però dal fratello Eduardo, che cotesto appello sia nel rito inammessibile per non essere stato proposto alla prima udienza. Il Collegio per altro lo ritiene ammessibile.

Per fermo è detto con l' art. 487 cod. proc. civ., che l' appello deve proporsi nei giudizii sommarii nelle conclusioni prese alla prima udienza in cui si tratta la causa. E qui si noti, che la prima udienza di cui è cenno in detto articolo, non è indicata in modo assoluto val dire in qualunque udienza, ma determinata con una nota precisa, cioè in quella udienza in cui si tratta la causa. Ora questa si tratta, o viene spedita nell'udienza in cui il magistrato la prende in cognizione, cioè quella in cui passa in decisione. Per modo che le con clusioni nei giudizii sommarii, scambiate prima e dopo, diventano sempre coeve con la comparsa dell'udienza successiva, non è che la continuazione della prima, in essa le parti possono modificare le loro conclusioni, e può quindi sorgere nell'appellato l' opportunità di appellare incidentalmente; non può dunque dubitarsi che l'appello incidente del Gabriele Ravelli sia ammessibile, quantunque interposto non alla prima udienza, ma in quella successiva in cui fu trattata la causa.

Attesochè discendendo al merito di cotesto appello incidente, giustamente sostiene il Gabriele Ravelli che gl'interessi sulle lire 4000 sono dovuti dal 4 gennaio 1896; posto mente, che nell' art. 7° dell'istrumento 18 agosto 1895 l' acquirente Ravelli obbligavasi di pagare sulla cennata somma gl'interessi appunto da detta epoca, senza

però indicarsi il tasso; onde in mancanza di questo, si ha quello determinato dalla legge, cioè al 5 per 0[0.

Attesochè a buon diritto il signor Gabriele Ravelli, qual erede della Luisa Ravelli, pretende la rivalsa delle tre cartelle rimaste in deposito presso l'Istituto del Credito Fondiario. Per fermo, siccome sul casamento al Vico Dattilo a Mergellina è infisso il canone, quell'immobile fu donato all'Eduardo Ravelli con obbligo di pagare la rata di debito verso il Credito Fondiario che lo gravita, l'erede giustamente ha dimandato che rimanesse a suo carico esclusivo di tenere le tre cartelle come sopra in deposito presso quell'Istituto, e quindi nell'obbligo di rivalerlo del loro valore. Avvegnachè se le cartelle sono di spettanza dell'eredità, e trovansi date in pegno a garentia di un obbligo garentito su di un fondo uscito dalla medesima, è l'attuale proprietario di quell'immobile che deve sopperire alla garenzia, non l'erede.

D'altronde la donante Luisa Ravelli espressamente impose, che il donatario Eduardo avesse l'onere di pagare la parte del debito che gravitava sull'immobile donato, senza accennare punto alle tre cartelle, e tanto meno, che il valore delle stesse rimaner dovesse in diminuzione del debito del donatario. Dunque quelle tre cartelle, mancando ogni disposizione sulle stesse, spettano all'erede.

Attesochè il signor Gabrile Ravelli attacca di nullità la disposizione con cui la donante impose al donatario il peso della celebrazione delle messe. In suo avviso il Gabriele ritiene che una siffatta disposizione sia quella generica a favore dell'anima, od una cappellania. Niente di più inesatto. È vietata ogni disposizione generica a favore dell'anima, mentre nella specie il peso imposto per la celebrazione delle messe è specificamente espresso. D'altronde il divieto sta quando la disposizione miri a creare un ente autonomo pel culto, è ciò neanche si verifica nella specie.

Si fa poi riflettere che la cappellania vietata dalla legge è quella che costituisce un ente morale autonomo per sè stante con determinata assegnazione di beni stabili. A questa è negata ogni personalità giuridica. Il legislatore però non ha inteso di sopprimere l'esercizio privato del culto mercè la celebrazione di messe, la quale sia un onere imposto ad un legatario, o donatario, od erede. Ora nella disposizione della Luisa Ravelli mancano i caratteri essenziali della cappellania, e principalmente vi manca la dotazione con assegnazione dei beni, ed il possesso di tale amministrazione nella persona dell'investito; in quella vece si ha nettamente da quella disposizione, che la celebrazione delle messe non fu altro che un peso imposto al donatario, niente altro. Dunque inattuabile l'aspirazione del Gabriele Ravelli ad ottenere il capitale corrispondente a quel peso imposto alla coscienza del donatario Eduardo Ravelli; senza che per altro il Gabriele possa aver diritto a chiedere cautele, massime quando la donante per tale onere non volle che fosse pubblicata ipoteca.

La Corte ecc.

....

PARTE PRIMA — DOTTRINA

La prima adunanza dei creditori nel giudizio di fallimento

Non credo di cadere in errore, se ritengo potersi dai più convenire in questa mia dichiarazione, e che cioè la maggior parte degli inconvenienti, onde così di continuo e non sempre a ragione vien criticata la nostra legge sui fallimenti, tragga l'origine sua dai troppi stadî attraverso i quali deve passare la procedura, che li riflette, e dei quali taluni, e in fallimenti di lieve entità ed in quelli di notevole importanza, non appaiono assolutamente necessarî. Anzichè ricorrere ad un'*instauratio ab imis di tutto l'istituto del fallimento* (1), reputo giovevole ed urgente il trarre via da esso quanto non si presenta utilmente richiesto; sopprimere quel'e complicazioni formalistiche, dalle quali la nostra mente è ben lontana, mentre costituivano le inseparabili compagne negli istituti giuridici romani. Mal scelta per gli interessi commerciali ed industriali una procedura, che faticosamente e lentamente cammini e si esplichi; sollecita, spoglia di formalità vane, di garenzie apparenti la reclamano i commercianti, il cui interesse economico è più tutelato, per quanto meno si indugia, quale che sia, la sua effettiva realizzazione. Se obbedendo a questi criterî, troppo omai penetrati nella coscienza generale per discuterne ancora la bontà, si procedesse nella nostra legislazione sui fallimenti ad un lavoro più di sfrondamento, che d'innovazione, rimarrebbe in essa tanto di pregevole e di buono, da richiamare sulla vigente legge, sia pur con qualche limitazione di entusiasmo, gli elogi, che la salutarono al suo primo apparire (2).

Queste superfluità della nostra legge sui fallimenti a chi ne osserva la pratica applicazione si presentano non scarse, ed anzi si

---

(1) A questo ordine di idee mi piace qui ricordare un'eccezione, che ebbi ad esplicare con qualche larghezza: (Brevi osservazioni al progetto sul concordato preventivo. Tip. Bassi — Modena 1897).

L'istituto del concordato preventivo, tuttochè costituisca una parziale innovazione della nostra legge sui fallimenti, a me pare s'imponga in ossequio ad un concetto altamente morale, che esige sia diverso il trattamento della legge pei commercianti colpevoli e per quelli sventurati, siccome diverse sono le cause, che all'inadempimento delle obbligazioni commerciali hanno portato. È l'istituto proposto nella sua essenza, nel suo speciale carattere, e pel fine, che si prefigge, ch'io approvo ed attendo con grande fiducia, pure desiderando abbiano posto talune modifiche al progetto, che, per quanto elaborato, non sfugge a giuste critiche in alcune sue modalità.

(2) Ricordo fra moltissime ed autorevoli le opinioni informate a larga ammirazione di due illustri giuristi stranieri il Massé, ed il Thaller (Des faillites en droit comparé. Vol. I. pag: 83.

manifestano fin dalla loro infanzia, in tal modo personalizzando l'istituto, che li regola. Tra esso annovero con sicurezza la prima adunanza dei creditori voluta dall'art. 691 cap. 4° del Codice di commercio, la quale per l'effimero vantaggio, che apporta nella sua realtà, per gli inconvenienti, che sogliono accompagnarla, e le incertezze e le difficoltà, che talora sorgono per la determinazione del creditore, meglio sarebbe scomparisse nella procedura dei fallimenti.

Il loro funzionamento effettivo presentemente offre questi risultati, che pur troppo non risaltano dalle statistiche ufficiali, in questo punto difettose, ma sulla cui esattezza non credo possano sorgere ragionevoli dubbî.

Si tratta di un fallimento di lieve entità, in cui le meschine risorse dell'attivo non adescano i creditori, e questi a risparmio di spese e di tempo, non si cureranno punto di intervenire alla prima adunanza, in loro mancando ogni stimolo a partecipare alla nomina di chi deve muovere o sorvegliare l'amministrazione del fallimento, così tenue è il loro credito, e così languida la fiducia di realizzarlo in vantaggiose proporzioni. Tanto è ciò vero, che la delegazione dei creditori non viene il più delle volte costituita per mancanza di elettori, e senza questo istituto, sulla cui utilità pratica si discusse, procede oltre l'amministrazione del fallimento (1). Può accadere, che qualche creditore, cui un invito del curatore a comparire dinanzi all'autorità giudiziaria induce a fare atto di presenza, intervenga; ma se legale, non assume certo carattere di serietà il voto di pochissimi creditori, che esprimono il sentimento di esigua parte degli interessati. La terza ipotesi di intervento di moltissimi creditori in fallimenti lievi può ascriversi tra le meno probabili; in ogni modo, ove si guardi all'*id quod plerumque accidit*, sembra esatto l'osservare, che agli oggetti, di che nella prima adunanza, poca fiducia nella loro partecipazione e poco interessamento serbino gli stessi creditori, ad intuito e vantaggio dei quali, la prima adunanza venne instituita.

Si tratta invece di fallimenti, che gravi interessi conturbano, di fallimenti di società anonime, a grandiosi fini costituite, di istituti di credito, nei quali non di raro si insinuano lotte di colore politico e di accentuazioni personali, ed in questi casi si assisterà allo spettacolo precisamente opposto; la prima adunanza accoglierà in gran numero i creditori, che troveranno in essa la propizia occasione per sollevare discussioni, meno indirizzate all'efficace tutela di interessi economici, e più dirette a lanciare accuse di responsabilità, le quali, non fosse altro, non sono per il momento ed in quella sede opportune (2). Ne consegue, che la nomina della delegazione di sorve-

---

(1) È questa la pratica generalmente invalsa nei nostri Tribunali, e che ritengo in via assoluta illegale. Veggansi in proposito le mie brevi osservazioni in un articolo comparso nella Scienza del Diritto privato (anno IV. p. 145. La delegazione dei creditori è istituto necessario nel giudizio di fallimento?)

(2) E chi scrive ne sa qualcosa!

glianza ed il voto sulla conferma del curatore provvisorio dipenderanno dalle divergenze suaccennate.

Quale sia poi l' efficacia del parere espresso dai creditori sulla nomina del curatore, competenza del Tribunale, mi sarà facile notare in appresso.

Intanto osservo, che nella prima adunanza non occorre la preliminare verifica dei crediti, il che, non nego, sarebbe stata esigenza soverchia, posto il termine breve stabilito per la convocazione; ma l' inconveniente assai grave permane, che cioè creditori fittizî, che la verifica dei crediti elimina, si trovino ad avere pari diritti di creditori veri e reali, che essi cooperino alla nomina della delegazione, influiscano in quella del curatore e riescano (l'ipotesi è possibilissima) ad essere gli eletti della delegazione, ed in tale ufficio rimangano fino all'epoca, di solito non lontana per taluni crediti dal tramonto del fallimento, nella quale una definitiva decisione loro tolga colla qualifica di creditori l'ufficio, che la presuppone. L'elemento dell'interesse non è precisato, e come perciò venga ad essere scossa l'importanza della prima cónvocazione riesce di evidenza intuitiva.

Ho accennato alle gravi e notevoli difficoltà, che sorgono in taluni fallimenti per la determinazione dei creditori. Nel maggior numero dei fallimenti il curatore trova dai libri e registri del fallito tanto da tracciare uno schema, dai cui si rilevano i rapporti di credito, che, secondo le ristrette esigenze della legge richieste per la prima convocazione riusciranno facilmente accertabili. Così non avviene, quando il fallimento colpisca, a mò di esempio, istituti di credito, che esplicano oggi giorno svariate funzioni, ed in diverso modo stringono i loro rapporti col publico. Presuppongo banche, che ottemperino agli obblighi imposti dalla legge commerciale, e che quindi siano fornite di quei libri, di che i commercianti sono obbligati a servirsi sotto la comminatoria della bancarotta semplice in caso di verificatasi cessazione dei pagamenti, poichè la quasi completa equiparazione dei grandi istituti di crediti ai piccoli commercianti, per quanto riguarda l' obbligatorietà dei libri, fa sì, che la meno accurata e diligente banca risponda al mite precetto della legge commerciale (1).

Accennerò a talune di queste difficoltà.

La funzione dei depositi è omai addivenuta generale negli istituti di credito, e seconda la virtù del risparmio da parte dei privati; ora i libretti, che si rilasciano al depositante, possono e sogliono assumere una triplice natura e cioè di libretti nominativi, di libretti al portatore, che sono di carattere spiccatamente diverso, ed infine di libretti nominativi pagabili al portatore.

Nei libretti della prima specie, che solo i loro intestatari, o persone da essi debitamente autorizzate, possono esigere, il curatore

(1) Art. 21 e segg. del cod. di commercio.

avrà facile dinanzi a sè la via da seguire per la convocazione, spedendo l'avviso alla persona, in cui nome figura il libretto.

Ma per quelli al portatore, che si distinguono con motti speciali ed immaginari, che per altro non individualizzano la persona creditrice, non è dato al curatore di spedire l'avviso agli attuali possessori, potendo la proprietà del libretto cambiare di ora in ora col semplice trapasso materiale del libretto di Tizio in mano di Mevio. Per questi dovrà ritenersi sufficiente la presunta notorietà della sentenza dichiarativa di fallimento pubblicata nei modi e nelle forme di che all'art. 912 codice di commercio, nè potranno richiedere l'avviso speciale (art. 906) essendosi posti, per il carattere proprio del loro titolo di credito, in condizione tale, da non poter richiedere le garanzie tutte determinate dalla legge. Eppure nulla di più probabile, che della indetta convocazione in epoca assai vicina al fallimento molti di questi interessati non abbiano cognizione.

Permane la legalità dell'adunanza, ma nell'assenza di creditori, dovuta ad inconsapevolezza della convocazione, si trae un motivo di più per toglierne la serietà.

Più gravi dubbi sorgono in rapporto a quella forma mista di libretti a deposito, cioè dei nominativi pagabili al portatore. Ben si notava la differenza di questi titoli dagli altri semplicemente al portatore. In questi ultimi l'esigibilità da qualunque portatore del titolo è diritto del possessore, essendo nell'interesse di ambedue i contraenti, istituto di credito da una parte, depositante dall'altra, scelta questa forma di creazione del libretto. Nei primi invece, cioè nei libretti nominativi pagabili al portatore, l'esigibilità dal terzo non intestatario non è suo diritto, ma il concederla è nelle facoltà della Banca, la quale solo a suo vantaggio, per essere esonerata da eventuali responsabilità nel pagamento, aggiunse al libretto nominativo l'esigibilità del possessore. Per tal modo non si distrugge la presunzione di proprietà nella persona, in cui nome è intestato il libretto, si libera solo la banca creditrice da ogni azione di responsabilità per pagamenti fatti a possessori di mala fede. Ne deriva, che l'invito di cui all'art. 906 cod. di comm. dovrà essere spedito agli intestatarii, senza preoccuparsi dei possibili detentori. Se poi il detentore del libretto si presenterà all'adunanza, e non ne sia il titolare, dovrà a mio avviso, essere ammesso alla votazione ravvisando nello stesso fatto della detenzione del titolo un mandato speciale da parte dell'intestatario.

Quid juris, se nell'adunanza intervenissero e il creditore intestatario del libretto, ed un terzo detentore? Poichè unico è l'interesse ed esige pertanto uno solo, che lo tuteli, in questa lotta tra il titolare ed il detentore chi soccombe, o meglio chi deve essere escluso dall'adunanza e dal voto?

A me pare, che il Vivante parta da un principio così giusto, che le conseguenze, che ne trae, debbansi con conseguenza accogliere (1). Se la clausola al portatore, egli osserva, fu posta nel

(1) I libretti delle Casse di risparmio — Foro Italiano fasc. X pag. 566.

libretto soltanto a difesa della Cassa non si capisce, come mai il suo detentore possa trarvi argomento per fondarvi la sua proprietà. Se quel libretto fu rilasciato originariamente a prova del contratto di deposito concluso tra lui e la cassa, non si capisce come altri possa trarne vantaggio, se non provi, che il beneficio del contratto è passato in lui. «Il giudice delegato deve stare alla presunzione di proprietà, che l'intestazione del libretto imprime nel titolare, non essendogli concesso di iniziare la più piccola istruttoria, che nella poca importanza di questa prima convocazione, come cercherò di addimostrare, apparirebbe, a dir poco, eccessiva. La lotta vera si impegnerà in seguito, nello stadio di verifica, e seguirà una larga indagine per determinare il vero e reale proprietario del libretto; nel primo momento il giudice delegato segue la presunzione, la quale del resto può in prosieguo essere abbattuta, con quanto vantaggio dell' efficacia della prima convocazione ognuno vede.

Di più tra i libretti di deposito ne sussistono moltissimi ridotti per continuati ritiri a pochi centesimi, e questo è sistema generalizzato, perchè la cifra lievissima, costituente il residuo del credito, si vuol mantenere nel libretto come ad incentivo di novelli risparmi ed aumenti, ed evita la spesa della rinnovazione del libretto. Ma nei fallimenti, che dissidii ed animosità suscitano, di *cotali non saranno vedove le prime adunanze*, mentre poi nelle successive convocazioni, quando si manifestano ed affermano i veri interessi per la realizzazione dei crediti scompariranno, chè le spese di insinuazione nel fallimento sorpassano la misura della somma insignificante accreditata nel libretto, e li allontanano dall' esercizio di effimeri diritti, che praticamente conducono a nuove perdite, che altre ragioni possono muovere, ma l'interesse nel suo senso economico contraria; oppure si assiste ad una stranezza curiosa e spiegabilissima, che mentre nella prima adunanza essi rivendicano il loro diritto, che sorge dal titolo di credito, nel periodo di verifica si congloberanno moltissimi in uno solo, il quale, come ultimo possessore di quei libretti al portatore insinua il credito per l'ammontare, che è il risultato della somma di minuscoli crediti dei libretti. In tal modo si evitano le spese delle insinuazioni singole. Ma intanto così avranno raggiunto lo scopo, che alla prima adunanza li induceva; di essi pure si formò maggioranza, ed il voto loro peso sulle relative delibere, come quello d'interessati per somme cospicue, in quanto non si richiede una maggioranza speciale. (1).

---

(1) Io mi associo pienamente a questa opinione che la dottrina concordemente afferma, basandomi in modo speciale sull'art. 907 che stabilisce: « Le deliberazioni (nelle adunanze dei creditori indette in giudizi di fallimento) vi sono prese a maggioranza assoluta di voti dei presenti, salvo i casi per i quali è richiesta una maggioranza speciale. » Questa disposizione posta nel capo che contiene le norme per la procedura di fallimento è la regola generale e deve essere seguita tutte le volte, che non si trovi un testo di legge, il quale vi deroghi espressamente. Cfr. in proposito ed in senso conforme — Bollaffio (Temi Veneta N. 51 del 1884) — Supino (Diritto commerciale, fasc. 3. 1884) — Moisè-Vita-Levi (Rassegna

Questa ingiusta equiparazione dà un nuovo e forte colpo alla serietà della prima adunanza, e fa perdere quell'autorità alle prese deliberazioni, su alcuna delle quali decide definitivamente il Tribunale.

E mi arresto sull'enumerazione, che potrebbe continuare.

Ma almeno giova effettivamente a qualcosa questa adunanza, che la nostra legge in conformità di molte altre richiede? è dessa imposta dalla tutela dei diritti dei creditori!

Nel giudicare di ogni istituto, ricordo questo insegnamento del Thiers, e posso dargli applicazione al caso, occorre esaminare gli inconvenienti e i vantaggi, ed a seconda, che maggiori siano gli uni o gli altri, apprezzarlo in diverso modo.

Il lato negativo di questa prima adunanza ho cercato in parte di mettere in evidenza, ed aggiungerò qualche altra osservazione: rimane l'esaminare quello buono..... se realmente alcun che di buono essa serba.

Il Tribunale colla sentenza dichiarativa di fallimento nomina il curatore (1) provvisorio, e lo sceglie di regola tra gli iscritti nel ruolo (2), ed eccezionalmente all'infuori di esso, ed in quella classe di professionisti, che la specialità del fallimento consiglia, attesa la sua indole; la scelta cadrà su di un ragioniere, che assicuri il Tribunale per la sua competenza in materia di contabilità e di operazioni bancarie, ove di qualche istituto di credito sia dichiarato il fallimento; cadrà su di un avvocato, quando si prevede, che dal fallimento sorgeranno vertenze litigiose, e tra i requisiti speciali avrà il magistrato singolare cura che concorrano nell'eletto una rigida onestà, così necessaria in ufficio delicato, e talvolta grave.

Ammesso, che nella nomina del curatore provvisorio sia proceduta una matura riflessione, è a credere, che il Tribunale rimanga tetragono agli attacchi dei creditori contro il curatore provvisoriamente eletto. Un collegio giudiziario, che accorda la sua fiducia ad un professionista, difficilmente vorrà negarla dopo pochi giorni, sanzionando esso stesso l'errore colla sentenza, che sostituisce il curatore. Sono quindi ben rari i casi di un curatore provvisorio non confermato dal Tribunale per sfiducia dei creditori. Nè ragioni di opportunità sorreggono il cambiamento del curatore provvisorio, proprio allora, che, per la presa conoscenza del fallimento affidatogli, è in grado di riuscire più utile alla massa dei creditori, colla sostituzione di persona nuova voluta per diffidenza nel curatore provvisorio, o per simpatia verso altri, manifestate da taluni, la cui interessenza non è ancora accertata.

---

di Diritto commerciale quad. 2, 1884-85) — Vidari, (Corso di Diritto commerciale p. 7958) — Pagani, (Nota ad un articolo « La maggioranza dei creditori contemplata dall'art. 822 del codice di commercio—Diritto commerciale fasc. 4 pag. 485)— In senso contrario — Corte di Appello di Palermo 1 febbraio 1884 (Rassegna di Dritto commerciale cit. id. id.).

(1) Art. 691 Cod. di comm. n. 3.

(2) Art. 715. 716 Cod. di comm.

Che ne consegue? Il primo giudizio del Tribunale addiviene il definitivo *bon gré* o *mal gré* dei creditori, ma intanto si dà argomento a divergenze aperte tra il Tribunale ed i creditori, sempre urtanti, e che bisognerebbero evitare. Del resto a saltar questo stadio della procedura, senza danno veruno, consiglia la circostanza (1), che nel giorno di chiusura del processo verbale di verifica dei crediti, si può surrogare al curatore eletto dal Tribunale uno di fiducia dei creditori, ove tale domanda sia appoggiata dalla maggioranza richiesta per la validità del concordato. In questo momento si hanno notizie sufficienti per apprezzare i diritti di ciascun creditore, tanto se siano stati definitivamente liquidati, quanto se, per l'insorte contestazioni, siano stati ammessi soltanto in via provvisoria al passivo del fallimento. Ed è ben lungi dalle mie intenzioni togliere ogni libertà di apprezzamento e di azione da parte dei creditori, i veri interessati nel fallimento; ma è appunto nell'adunanza di chiusura del processo verbale di verifica dei crediti, ch' io vorrei si ammettesse il voto dei creditori, e non semplicemente consultivo, ma sovrano e tale da vincolare il magistrato. Giustamente osservava il Bravard Veyriéres (2): «Dés que les créanciers étaient connus et vérifiés il paraissait juste de leur abandonner entièrement le choix de ceux qui devaient gérer leurs intérêts, et realiser le gage commun». Senonchè, mentre il citato autore ritiene logico il sistema del Codice francese, ravvisando peraltro nella triplice eventuale sostituzione degli amministratori del fallimento: « une source d' émbarras, de lenteurs et de frais », a fin di semplificare la procedura troppo complicata, proporrebbe istituire degli amministratori, che si occupassero dei fallimenti fin dal principio, e li seguissero fino alla loro chiusura. A tale uopo vorrebbe si creasse una classe di amministratori speciali investiti di un carattere pubblico sotto il nome di « curateurs aux faillites » di guisa che in luogo di tre amministrazioni successive se ne avrebbe una sola, semplice ed omogenea.

Ma, pur condividendo col Bravard-Veyrieres l'avviso di semplificare la procedura, non serbo la fiducia su questo nuovo corpo instituendo di pubblici ufficiali destinati ai fallimenti (3). Mi sembra potersi avvicinare al vagheggiato risultato, mantenendo in ufficio il curatore provvisorio fino alla chiusura del processo verbale di verifica dei crediti, salvo in questo stadio la facoltà preponderante nei creditori, ai sensi dell' art. 719 citato di sostituirlo con uno di loro fiducia.

---

(1) Art. 719 Cod. di comm.

(2) Manuel de Droit commercial, pag. 251.

(3) In Italia non si è fatto buon viso alla creazione di impiegati speciali adibiti ai fallimenti; qualunque fosse la modalità della loro retribuzione, gli esempi dell'Inghilterra (official receiver) del Belgio (liquidateurs assermentés) non hanno trovato favore presso di noi. Il Bolaffio (nella nota 1, pag. 99 della relazione sul concordato preventivo. *Giur. Ital.* parte 5ª, anno 1895) dubita sia prudente utile e politico elevare la mansione del curatore a pubbliche funzioni.

Il ritardo di poco tempo non nuoce a nessuno e toglie od attenua quelle difficoltà, ed in congruenze di cui si è parlato. E con maggiore, o almeno uguale ragione il ritardo si breve non nuocerebbe alla costituzione del comitato di sorveglianza, che esplica un ufficio consultivo (1). Se nei primi momenti, per una larga fiducia in questo istituto, lo si credesse necessario, meglio sarebbe affidarne la nomina al Tribunale in una alla sentenza dichiarativa, se lo crede del caso e se conosce creditori idonei a tale ufficio, modellandosi in ciò sulla legge germanica sul fallimento (2). La nomina definitiva da parte dei creditori sarà compito riservato in via assoluta ai creditori, e si procederà secondo le norme e le formalità dettate per la surroga del curatore provvisorio.

Non v'ha dunque, a chi ben consideri, sollecitudine nel convocare i creditori all'indomani della dichiarativa di fallimento, quando vive sono le delusioni del primo momento, e più aspre le tensioni degli animi, quando nulla v'ha di determinato, se non il fatto di una cessazione di pagamenti verificatasi in commerciante, ed a causa di obbligazioni commerciali. Sopprimendo la necessità della seconda adunanza, formula di passaggio dal pieno potere dell' autorità giudiziaria a quello dei creditori, la procedura di fallimento viene ad essere semplificata con vantaggio generale.

All'autorità del magistrato in materia di fallimento si affidarono gravi e delicatissime attribuzioni, poichè fu pensiero dovesse il Tribunale, compreso delle sue responsabilità nel dichiarare il fallimento, nella scelta delle persone chiamate a sorvegliarlo portare un giudizio imparziale e sereno, diretto unicamente all'interesse della massa creditrice. Nei primi passi della procedura fallimentare quando i creditori non sono definitivamente verificati nei loro crediti abbiano vigore le delibere del magistrato, mentre più tardi esso non eserciti nell'amministrazione del fallimento, abbandonata ai veri interessati, che un'alta e lontana tutela.

Questo mio avviso sulla superfluità di una nuova adunanza credo non rimanga solitario, e trovi accoglimento in quanti veggono nella semplicità delle procedure una dote efficace e precipua, raccomandabile specie in quelle che riflettano e regolano istituti proprì della vita commerciale. Non occorre la mente di Giustiniano per togliere da una parte ristretta nel vasto campo del diritto privato, che di superfluità non la difetto, *il troppo e il vano;* ma il vantaggio che, così facendo, apporterebbe il legislatore alla pratica dei fallimenti, non cesserebbe per questo di essere rilevante, e l'opera, nella sua modestia, sarebbe meritoria.

Dottor Luigi Malpeli

---

(1) Anche pel vigente nostro Codice di commercio (art. 723, n. 2) può la maggioranza dei creditori, i crediti dei quali siano stati verificati od ammessi al passivo dell'adunanza di chiusura del processo verbale di verifica dei crediti, mutare la delegazione. Ciò è naturale; omai la volontà dei creditori non può soffrire limitazione veruna. Osservava il Vidari: Contenti essi, contenti tutti!

(2) Konkursordnung, 10 febbraio 1877. Konkurverfahren, 570.

PARTE SECONDA — GIURISPRUDENZA

CORTE DI CASSAZIONE DI NAPOLI — *27 febbraio 1897*

CIAMPA *P. P.* — CERCHI *Est.*

De Alteris (avv. D. e G. Blasucci) c. Capozzi (avv. Conzo)

Azioni possessorie — Competenza del Pretore (art. 82 proc. civ.)— **Azione di turbativa—Azione di nunciazione di nuova opera— Opere compiute—Abbattimento delle medesime** (art. 694, 695, 696 cod. civ.)—**Cassazione— Convincimento del giudice di merito circa l'ammissibilità dell'azione possessoria — Insindacabile in Cassazione** (art. 517 proc. civ.).

a) *Il Pretore è sempre competente, qualunque sia il valore della causa, dei giudizi relativi alle azioni possessorie, purchè siano proposti entro l'anno dal fatto che vi diede origine.*

b) *L'azione di turbativa non è incompatibile con la nunciazione di nuova opera; l'una può accompagnarsi con l'altra e può seguirla.*

c) *Quegli che si assume pregiudicato da un'opera nuova e che non pertanto ha tollerato indifferente che la si compisse, non può dappoi in un giudizio possessoriale pretendere al diritto di far distruggere quello che rappresenta un vero valore economico, un vero valore artistico* (1).

Quando in vece questo danno economico manca e l'opera è stata rapidamente compiuta, essa non sta da sè, ma sta come atto negativo del diritto altrui ed affermativo del proprio e in questo caso non si può non ordinare che le cose ritornino ad pristinum.

d) *Quando, in tema di azione possessoriale, il magistrato di merito vi ha ragionato lungamente, abbia dato ragione del convincimento che il possesso legittimo della cosa si trovasse presso l'uno anzichè l'altro de' litiganti, che vi fosse l'atto turbatore di questo possesso, che l'azione si fosse istituita entro l'anno, egli ha adempito in modo sufficiente al suo dovere, e il suo convincimento è insindacabile in cassazione.*

Attesochè non si rivoca in dubbio che la signora Capozzi col ricorso al Pretore, oltre alla nunciazione di nuova opera, istituiva l'azione ai sensi dell' art. 694 Cod. Civ. allo scopo di far restituire le cose *ad pristinum*. Ora non si sa concepire come oggi possa essere stata seriamente proposta l' eccezione della incompenza assoluta del Pretore.

---

(1) Cass. Napoli, 4 settembre 1895 con nota dell'avv. Sollazzo (*Gazz. Proc.* XXVII, pag. 291); Cass. Napoli, 23 luglio 1896 (*Giurisp. Ital.* XLVIII, 1, 1, 1042). Contra: Cass. Roma, 16 maggio 1895 (ivi, XLVII, 1, 1, 493).

L'art. 82 del Cod. di P. C. espressamente sancisce che sono di competenza dei pretori, qualunque sia il valore della causa, purchè proposta entro l'anno dal fatto che vi diede origine, tra le altre, le azioni possessorie. Che se colla eccezione proposta voglia intendersi che dopo l'esperimento della nunciazione di nuova opera per l'oggetto della restituzione delle cose *ad pristinum* sia competente il giudice del petitorio e secondo il valore dell'immobile, cui la controversia si riferisce, in tal caso la quistione che si propone non è più di competenza, giacchè dell'azione di manutenzione in possesso è competente esclusivamente il Pretore, ma invece di ammissibilità o meno di tale azione.

Attesochè venendo precisamente all'esame dell'eccezione d'inammissibilità dell'azione, il Tribunale ritenne detta eccezione pregiudicata, se non dal giudicato, onde era stata dal Pretore ordinata la próva del possesso da parte della signora Capozzi, almeno dal contratto giudiziario, in quanto che il signor De Alteris tanto accettava la disputa sul terreno possessorio, che mutando consiglio e non più insistendo sulla prima deduzione da lui fatta, quella di esercitare egli la servitù attiva di calpestio sul lastrico in quistione si faceva invece a dedurre che il possesso legittimo di questo trovavasi presso di lui, non presso la signora Capozzi; donde il bisogno per costei di eseguirne la prova. Il Tribunale considerò che non era certamente lecito ad alcuna delle parti il mutare e rimutare consiglio dopo contestata la lite; non si limitò però a questa sola considerazione, ne aggiunse un'altra, la quale, menò a non dare ingresso alla eccezione d'inammissibilità dell'azione di turbativa, attaccò nel merito l'eccezione medesima. Disse che pur seguendo la giurisprudenza di questo Supremo Collegio, per la quale non debb'essere consentita un'azione possessoria allo scopo di far rimettere le cose *ad pristinum*, allorchè cotesta rimessione meni a far distruggere un considerevole valore economico, artistico o d'altra specie coll'abbattimento di un'opera che in sede petitoria potrebbe pure essere riconosciuta *jure confecta,* quando invece l'opera non si appresenti di un valore alquanto considerevole, non vi sia ragione a negare la tutela dal giudizio possessoriale non per fare abbattere un'opera per se stante, ma propriamente per far rimuovere quello, che costituisce il vero atto turbatore di un legittimo possesso. E per verità lasciando da parte il primo, cotesto altro ragionare del Tribunale non patisce in alcun modo censura. L'azione di turbativa non è incompatibile colla nunciazione di nuova opera: l'una può accompagnarsi coll'altra e può seguirla. La nunciazione mira semplicemente a far sospendere l'ulteriore esecuzione dell'opera, la quale sia giudicata pregiudizievole al dritto del nunciante, dato ch'esso veramente sussistesse e fino a che il medesimo non venisse dal magistrato competente riconosciuto, *donec de iure contest.*

Ora come il dritto del nunciante può essere fondato tanto sopra una ragione di dominio o di servitù, quanto sopra una ragione di possesso; così la discussione del merito della controversia, ordi-

nata che sia la sospensione, può farsi davanti allo stesso Pretore come in forma di azione petitoria nei limiti della competenza pretoriale, così in quella di azione possessoria. Se così non fosse e dovesse prevalere la tesi del ricorrente, potrebbe rimanere assai sovente irrepresso l'attentato; perchè non sempre in un giudizio petitorio può esserne agevolmente dato di far constare il buon dritto. È vero che, oltre all'azione di manutenzione, vi ha la reintegranda da potersi esercitare; ma è vero altresì che non sempre l'attentato può essere definito violento, o clandestino; e malgrado ciò esso non costituisce meno un atto violatore del dritto altrui.

La giurisprudenza di questo Collegio, della quale si è fatto cenno, si adagia sopra un altro ordine di concetti. Quegli che si assume pregiudicato da un'opera nuova e che non pertanto ha tollerato indifferente che la si compisse, non può dappoi in un giudizio possessoriale pretendere al dritto di far distruggere quello che rappresenta un vero valore economico, un vero valore artistico, quasi che la sua inerzia non abbia contribuito a farlo sorgere.

In questo caso è il fatto proprio e forse pure la propria malizia che si oppone a cotanta pretesa. Quando invece, e ciò questo Supremo Collegio ha avuto più volte occasione di affermare, cotesto danno economico manca, l'opera è stata per avventura rapidamente compiuta, essa non sta da se, ma sta come atto negativo del dritto altrui ed affermativo del proprio, in questo caso negare l'azione di turbativa, negare che le cose debbano ritornare *ad pristinum* l'è negare l'altissima ragione, per cui sin da tempi remoti e meno civili gl'interdetti possessoriali furono introdotti, e che i moderni legislatori non hanno potuto disconoscere.

Il Tribunale dunque che questi principî ha applicato, che nella rinnovazione della ringhiera di ferro apposta dal signor de Alteris sul lastrico in quistione non ha visto la distruzione di un valore economico, ma la semplice rimozione di un' opera intesa ad affermare un proprio dritto contrariamente a quello che il possesso ne dettava a favore della signora Capozzi, il Tribunale non ha sconosciuto la legge, non è caduto in contraddizione con se stesso, nè tanto meno con i principî propugnati altre volte da questo Supremo Collegio.

Attesochè il Tribunale, entrando nell'esame di merito dell'azione proposta, discusse le prove raccolte e le presunzioni, delibò i titoli *ad colorandam possessionem* e si convinse che davvero il possesso legittimo fosse presso la signora Capozzi e che in tale possesso costei fosse stata turbata dall'atto del signor de Alteris. Dopo ciò ogni doglianza a questo Supremo Collegio in proposito torna fuor di luogo: trattasi di una mera quistione di fatto affidata al criterio incensurabile dei giudici di merito. Il ricorrente con un lungo mezzo di annullamento osserva che a molteplici deduzioni di lui il Tribunale non abbia data risposta; ma da una parte coteste deduzioni non furono presentate con capi specifici di conclusione; dall' altra non è mica dovere del magistrato rispondere a tutte e singole le argomentazioni delle parti. L' obbligo del motivare che incombe al giudicante, si

adempie coll'addurre le vere, le principali ragioni di dritto e di fatto che costituiscono le due premesse del sillogismo, la cui conseguenza sta nel dispositivo.

Ora in tema di azione possessoriale allorchè il magistrato, e nella specie il Tribunale, vi ha ragionato lungamente, abbia dato ragione del suo convincimento che il possesso legittimo della cosa si trovasse presso l'uno, anzichè l'altro de' litiganti, che vi fosse l'atto turbatore di cotesto possesso, che l'azione si fosse istituita entro l'anno, egli ha adempito in modo sufficiente al suo dovere; la motivazione non si può dire che difetti. Il ricorrente molte argomentazioni addusse, che sentivano più di petitorio che di possessorio. Il Tribunale ad alcune credette rispondere pur dichiarando che l'esame vero non era di quella sede; altre pretermise; ed in ciò nessuna censura può essergli dovuta. In sostanza che egli ricorrente colle sue doglianze oggi vorrebbe che questo Supremo Collegio esso rifacesse il giudizio di fatto; ma giova ripeterlo per quanto pur voglia dirsi erroneo il convincimento dei giudici di merito in proposito, lo stesso non va in alcun modo soggetto a censura.

Attesochè da tutte le considerazioni fatte innanzi s'induce che il ricorso debba essere rigettato e condannato il ricorrente nella perdita del deposito e nelle spese.

Per tali motivi.

. . . .

CORTE DI CASSAZIONE DI NAPOLI — *5 marzo 1897*

CIAMPA P. P. — ANTONUCCI *Est.*

Ditta Pirelli-Minelli (avv. D. Giannattasio) c. L'Abbate (avv. G. Merlino)

Cassazione—Notifica del ricorso—Domicilio eletto nel precetto— (art. 525 proc. civ.).

Appello — Rigetto senza esame — Causa differita —Citazione dell'appellato (art. 489 proc. civ.).

a) *È validamente notificato il ricorso per cassazione al domicilio reale, quando la notificazione della sentenza impugnata fu accompagnata dal precetto e la elezione di domicilio fu fatta per la minacciata esecuzione.*

b) *Il rigetto dell'appello senza esame ha luogo tanto nel caso che l'appello sia portato in discussione nell'udienza fissata con l'atto di citazione, o in un'altra alla quale fu rinviata la causa, quanto nel caso in cui l'appellante abbia con atto di avviso riappuntata la causa per la discussione dell'appello.*

Ritenuto in fatto che la Ditta Pirelli Minetti con atto del 25 aprile 1894 produsse appello contro una sentenza, resa dal Pretore di Conversano nella causa tra essa Ditta e Francesco L'Abbate, citando quest'ultimo innanzi al Tribunale di Bari per l'udienza del 6 novembre. L'Abbate da sua parte, abbreviando questo termine, citava l'appellante per la discussione del suo gravame in una udienza

vicina. Ed in questa non comparve l'appellante per cui il Tribunale in base dell'art. 489 c. p. c. rigettò l'appello senza esame. Contro di questa sentenza ha prodotto ricorso la Ditta Pirelli-Minetti per un unico mezzo di annullamento con cui si sostiene che l'art. 489 fu nella specie malamente applicato, non essendosi la contumacia dell'appellante verificata nell'udienza stabilita con la citazione, ma in un'altra venuta in seguito a differimento.

Da parte del sig. L'Abbate con apposito controricorso si è eccepita la inammissibilità del ricorso per due motivi. 1.° Per essersi questo ricorso notificato nel domicilio reale di esso L'Abbate e non in quello del di lui eletto nell'atto di notificazione della sentenza impugnata. 2.° Per avere il ricorrente già accettato la sentenza impugnata dichiarando di voler anche pagare le spese del giudizio come dalle lettere che si sono esibite.

Attesochè non reggono i due motivi proposti dal controricorrente per sostenere la inammissibilità del ricorso, dappoichè in quanto al 1.° è da osservare che la notificazione della sentenza venne accompagnata dal precetto per cui la elezione del domicilio fu fatta per la minacciata esecuzione forzata, e non potea ritenersi efficace anche pel giudizio di Cassazione. Epperò fu bene intimato il ricorso al domicilio reale, anzichè in quello domicilio eletto. In quanto poi alla valuta acquiescenza della sentenza impugnata che si vorrebbe desumere dalle lettere esibite, di leggieri si scorge che essendo state queste lettere spedite dopo la intimazione della sentenza e del precetto non può nè la promessa di pagamento nè la chiesta dilazione contenuta nelle lettere di che trattasi, costituire acquiescenza della sentenza impugnata, giacchè è risaputo che, quando la soddisfazione delle somme dovute in forza di una sentenza abbia luogo in seguito di atti coattivi, non può invocarsi come accettazione della sentenza medesima.

Attesochè stando ai termini con i quali venne formulato il mezzo di annullamento sarebbe il Collegio Supremo chiamato a risolvere la quistione del se non comparendo l'appellante all'udienza cui fu rinviata la causa dal giorno indicato con l'atto di appello possa applicarsi la disposizione contenuta nell'art. 489 c. p. c. Ma al riguardo si è più volte ritenuto che la ipotesi prevista dal detto art. 489 si verifica sempre, tanto nel caso che sia l'appello portato in discussione nella udienza fissata con l'atto di citazione quanto in un'altra alla quale fu rinviata la causa, giacchè il rinvio proroga l'udienza stabilita con la citazione per guisa che a questa udienza vien sostituita l'altra cui fu la causa rinviata.

Attesochè nella specie però, si è già notato, ed il ricorrente lo faceva pur rilevare nell'esposizione del fatto, fu col suo atto di appello stabilita l'udienza del 16 ottobre per la discussione del proposto gravame, ed invece l'appellante ne fissava un'altra più vicina, dalla quale dopo qualche rinvio venne la causa portata all'udienza del 16 settembre in cui l'appellante non comparve. E quindi vuol'essere la quistione esaminata sotto un altro aspetto, del se cioè possa il rigetto

dell'appello senza esame pronunziarsi anche quando la non comparsa dell'appellante si verifichi non nell'udienza da lui stabilita ma in quella che l'appellato fissava con apposito atto. Se non che anche in questa ipotesi si rende applicabile la disposizione anzidetta essendo stata questa dettata per la presunzione di abbandono del gravame, se l'appellante dopo di averlo prodotto non si presenti all'udienza in cui dovrebbe venir discusso. Le parole adoperate dalla legge, *quando l'appellante non sia comparso nella udienza fissata con la citazione* non debbono essere intese nel senso che debba questa udienza esser proprio quella stabilita con l'atto di appello, ma invece l'udienza in cui viene l'appello portato in discussione, essendo indifferente che sia questa udienza da lui medesimo fissata, oppure dalla contraparte, poichè rimane sempre il fatto che in quel giorno in cui doveva trattarsi la causa egli non comparve. Se la legge avesse voluto restringere la ipotesi alla non comparsa dell'appellante nella udienza indicata con l'atto di appello, avrebbe detto nella udienza da lui stabilita, ma quando parlò invece di udienza fissata nella citazione, ciò importa che volle intendere quella in cui dee la causa discutersi.

Attesochè è poi evidente che anche quando la fissazione dell'udienza sia fatta dall'appellato con apposito atto notificato al suo contraddittore non perciò quest'ultimo perde la figura di appellante per la quale la sua non comparsa fa presumere l'abbandono del prodotto gravame.

È sempre egli l'attore in questo giudizio di appello che fu da lui provocato e non assume certo la qualità di convenuto, sol perchè citato per una udienza diversa da quella che avea stabilita.

Il che potendo ben prevedere doveva renderlo accorto a presentarsi, se aveva interesse a fare discutere il suo appello.

Attesochè dovendo quindi rigettarsi il ricorso deve il ricorrente condannarsi alle spese ed alla perdita del deposito.

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI NAPOLI — *8 marzo 1897*

CIAMPA *P. P.* — SALVATI *Est.*

Marincola (avv. S. Opipari) c. Purri (avv. L. Gigliotti)

Competenza per materia o valore — Riconvenzione
(art. 100, 101, 102 proc. civ.).

Il Pretore è incompetente quando la domanda riconvenzionale, fatta in base dello stesso titolo dedotto in giudizio dallo attore, eccede per valore i limiti della competenza.

Attesochè è in dubbio la risoluzione che il giudice dell'azione principale sia pure il giudice della domanda riconvenzionale anche

quando questa appartenga ad altra autorità giudiziaria, perchè la riconvenzionale per materia o valore rientri nei limiti della sua competenza, quante fiate però la riconvenzione dipenda dal titolo dedotto in giudizio, e dal titolo che già appartiene alla causa principale come mezzo di eccezione; e ciò per non distruggersi la connessità, la continenza di causa, che porterebbe allo inconveniente di giudicati contraddittorî, giudizî identici diffiniti con criterî opposti e diversi.

Che se la riconvenzionale per materia o valore ecceda la competenza del giudice adito dallo attore, la legge non vuole si conturbi la economia della unicità dei giudizi congiunti connessi; e però nell'articolo 101 ha precettato che il Conciliatore, il Pretore si spogli del giudizio principale, e rinvii tutto all' Autorità competente sulla riconvenzionale, che giudicherà anche dell'azione principale comunque di competenza del Conciliatore e del Pretore.

Attesochè unica indagine debba fare il magistrato, se tra l'azione e la riconvenzione siavi la connessità o continenza di causa voluta dalla legge, di che nel N.° 3° dell'art. 100 della Procedura, val dire che sia la riconvenzione dipendente dal titolo dedotto in giudizio dallo attore o dal titolo che già appartiene alla causa; nel qual caso non potrà mai scindere la riconvenzione dall' azione, ma dovrà sempre l'una e l'altra rinviare al giudice competente e la riconvenzione e l' azione. Nè a questa ipotesi è applicabile lo alinea 3 dello articolo 102 che consente al giudice ritenere la causa quando l' azione sia fondata su atto pubblico o giudiziale scrittura riconosciuta o confessione giudiziale, e rinviare per di più le parti avanti l' autorità competente, perocchè questa disposizione è circoscritta alla sola ipotesi della connessità per compensazione, e non può estendersi al caso della connessità per riconvenzionale dipendente dallo stesso titolo dedotto in giudizio.

Attesochè si fa manifesto che sempre sia incompetente il Pretore sulla domanda principale. quando siavi una riconvenzionale che dipenda dallo stesso titolo dedotto in giudizio, eccedente la sua competenza.

Attesochè il Giuseppe Purri figlio ed erede di Francesco Purri in base di un — *Notamento di somme* — anticipate dal signor Purri in conto spese per i suoi affari allo avvocato Vitaliano Marincola citava innanzi al Pretore di Marincola per sentirsi condannare alla restituzione di lire 1302,08, ultimo risultato di questi anticipi del novembre 1888, cioè due anni dallo inizio di questo notamento. In riconvenzione il Marincola pur riconoscendo questo notamento chiedeva lire tremila e più assumendo che veramente egli riceveva gli anticipi, e poi a causa finita faceva volta per volta il deconto come vedesi nel notamento; che verso nel 1888 il conto segnava gli anticipi di lire 1302,08, e altre lire 100 avea ricevuto per lettere dal defunto, ma doveano conteggiarsi le spese ed onorarî posteriori e anche anteriori al 20 novembre 1888, in quel conto o notamento non ancora segnate.

Attesochè delineata così l'azione del Purri e la riconvenzione

del Mariancola v'ha chi non vegga la connessità per essere ambedue basate su quel tale notamento di anticipi per spese giudiziarie e che erroneamente nella sentenza denunziata chiamasi conto corrente acclarato.

Attesochè per altro lo stesso Tribunale con la sentenza denunziata nega la connessità per essere l'azione e la riconvenzione fondate sul medesimo titolo, ma afferma che non siavi ragione di connessità, perchè vero che non occorra il credito sia liquido potendosi in seguito liquidare, confondendo così il caso della compensazione con la ipotesi della riconvenzione, laddove dice di non volerle confondere, però soggiunge il giudice del merito, è necessario che la ragion di credito dedotta in via riconvenzionale si presenti almeno in genere fondata, e non si riduca a semplice assertiva, ed il credito del Marincola delibato ai fini della competenza non trova fondamento. E qui entrando nel merito della sentenza penale, giudizio Comito, giudizio de Siena, esclude ogni base di credito del Marincola sia anche in genere. Errori del giudice di merito, perchè vuol deliberare il giudizio nel quale é incompetente, ai fini della competenza quasi che si tratti di possessorio nel quale si subodorano i titoli del petitorio. Non si accorge che ha invaso quel campo nel quale non poteva penetrare, ha invasa quella giurisdizione, nella quale era incompetente.

Attesochè invano obbietterebbesi che il giudizio della connessità sia un giudizio di fatto di esclusivo demanio dei giudici di merito, imperocchè in fatto di competenza il Collegio Supremo è giudice di dritto e di fatto, non essendo dato eccedere le patrie giurisdizioni sotto forma di convincimento in fatto. La giurisdizione è di ordine pubblico, ed è il Collegio Supremo chiamato a regolamentarla.

Attesochè va di conseguenza annullata la impugnata sentenza, ed in linea di regolamento di competenza deve dichiararsi la competenza del Tribunale al quale devono rinviarsi le parti, perchè giudichi come giudice di prima istanza.

Attesochè le spese del giudizio annullato, e quelle di Cassazione vanno con più giustizia congiunte al merito del contendere, e rinviate al giudice competente.

. . . .

Corte di Cassazione di Napoli — *8 marzo 1897*

Ciampa *P. P.* — Pasqualoni *Est.*

Vetrano (avv. G. Straniero) c. Falcone (avv. R. Fioretti)

Cassazione — Mancata motivazione — Rinvio (art. 517 proc. civ.). **Esecuzione immobiliare — Creditore istante — Sua responsabilità per difetto di procedura** (art. 1151 proc. civ.).

a) *Non è inammissibile il ricorso per cassazione contro sentenza resa in grado di rinvio, quando la precedente sentenza venne cassata per motivazione confusa e difettosa.*

b) *Il creditore istante nel giudizio di esecuzione immobiliare, deve rispondere verso l'aggiudicatario di ciò che costui deve pagare a un creditore ipotecario, a cui non fu notificato il bando dal creditore procedente.*

Ritenuto in fatto che il signor Francesco Falcone, creditore ipotecario per mutuo di Tommaso Donadio, procedea ad espropriazione dell'immobile ipotecato, che per difetto di concorrenti all'incanto rimaneagli aggiudicato sull'offerta di prezzo fatta a norma di legge.

Con istrumento del 18 febbraio 1893 la signora Costantina Vetrani, la quale aveva precedentemente fatta offerta per l'aumento del sesto, divenne cessionaria del credito di Falcone.

In grado di sesto il fondo rimase aggiudicato alla Vetrani; ed in graduazione costei ritenne il prezzo per le spese e pel credito cedutole rimanendo per quest'ultimo in parte incapiente.

Con citazione del 28 agosto 1894 la signora Virginia Lombardi, madre del debitore espropriato e creditrice ipotecaria iscritta in grado anteriore al Falcone contro Francesco Donadio pel suo capitale dotale, convenne in giudizio la Vetrani, e deducendo non esserle stato intimato il bando per la vendita, e che il capitale lo aveva donato al figlio, riservandosi l'usufrutto, domandò la condanna dell'aggiudicataria al pagamento dell'annuo interesse sua vita durante, e in difetto al rilascio dell'immobile.

La Vetrani chiamò in garentia Falcone. Tanto in prime quanto in seconde cure venne accolta l'azione principale e quella in garentia.

Falcone produsse ricorso per cassazione contro la sentenza della Corte di Appello per quattro motivi, tre dei quali furono rigettati, accogliendosi il quarto soltanto per difettosa e confusa motivazione.

La Corte di rinvio rivocava la pronunzia del Tribunale, e rigettava la domanda in garentia.

La signora Vetrani domanda la cassazione della sentenza della Corte di Appello.

Che la eccezione d'inammissibilità del ricorso dedotta nella discussione della causa all'udienza per essersi la Corte di rinvio uniformata al principio di dritto stabilito da questo Supremo Collegio non ha fondamento. Invero la sentenza della prima Corte di merito fu cassata per motivazione confusa e difettiva, sicchè a qualunque teorica di dritto si fosse dal Collegio accennato, deve intendersi enunciata a solo oggetto di domandarne la discussione ai giudici di rinvio.

Che i due primi motivi del ricorso debbonsi respingere.

E certamente la Vetrani come creditrice e cessionaria di Falcone non potrebbe sperimentare il dritto di garentia pel patto 5° del contratto di cessione, col quale fu espressamente convenuto che il Falcone garentiva la sola esistenza del credito, e non l'incasso, che restava tutto a rischio, pericolo e fortuna della Vetrani. Ora la precedenza di una iscrizione ipotecaria a quella che garentiva il credito ceduto non rendea questo inesistente, ma producea la sua parziale incapienza, e quindi la mancanza d'integrale soddisfazione, la quale non viene punto garentita.

Che è contraria al fatto assodato la deduzione della ricorrente di aver comprato la sola proprietà dell'immobile escluso l'usufrutto, sull'offerta di prezzo fatta per la proprietà piena.

La Lombardi non ha un dritto reale di usufrutto sull'immobile espropriato, ma è creditrice dei frutti sul suo capitale dotale, cioè degl'interessi sua vita durante. Per modo che alla Vetrani venne venduta la piena proprietà del fondo espropriato sul prezzo del quale dovea essere graduato l'usufrutto della Lombardi.

Che il terzo motivo trova fondamento nella legge.

Senza dubbio l'aggiudicatario non ha altro interesse che di pagare il prezzo a'creditori giusta le note di collocazione, senza che gli sia permesso discutere i dritti dei creditori utilmente graduati, perchè nessun pregiudizio può risentire dalla loro ammissione. Ma quando la graduazione è espletata e tutto il prezzo è stato pagato se un creditore iscritto, cui non fu notificato il bando, non potendo più concorrere in graduazione, promuove azione contro l'aggiudicatario come terzo possessore per farlo condannare al pagamento del suo credito, col rilascio del fondo, allora l'acquirente patisce il danno di pagare una seconda volta il prezzo. Laonde ha il dritto di promuovere azione di garenzia contro il creditore istante, che omise la notificazione del bando al creditore, che si è rivolto contro esso acquirente.

L'unica quistione che possa sollevarsi, e che fu sollevata, si era se il creditore sprorpriante avesse il dovere di notificare il bando non solo ai creditori iscritti del suo debitore, ma pure a quelli iscritti dell'autore del debitore.

Risoluta nella causa attuale con giudicato irretrattabile la quistione contro Falcone, la sua colpa è evidente, ed egli deve risponderne verso l'aggiudicataria per l'art. 1151 cod. civile.

Nè sarebbe serio dedurne in contrario che la Vetrani ritenne il prezzo in soddisfazione del suo credito. Imperocchè non si debbono confondere le personalità giuridiche diverse, che erano diritti e doveri diversi. L'azione promossa dalla Lombardi era contro la Vetrani come aggiudicataria, sicchè costei come acquirente ha il dovere di pagare l'usufrutto alla Lombardi, ed ha il diritto di esserne rivaluta dal creditore espropriante.

Che le osservazioni della Corte sul proposito sono contrarie alla legge, ed inesatte. Dice la Corte che la Vetrani possiede l'immobile senza averne pagato il prezzo, come se la compensazione non fosse un modo di pagamento.

Osserva inoltre che la Vetrani avea interesse di aggiudicarsi la casa in Caivano, ma non dimostra l'interesse utile che la detta Vetrani avrebbe avuto di pagare oltre il prezzo dell'acquisto, l'usufrutto alla Lombardi.

Che cassandosi la sentenza denunziata per l' accoglimento del terzo motivo non accade esaminare il quarto che ha per oggetto un argomento morale più che legale.

Che è opportuno rinviar anche le spese al merito.

. . . .

CORTE DI CASSAZIONE DI NAPOLI — *8 marzo 1897*

CIAMPA *P. P.* — CERCHI *Est.*

Coppola (Avv. E. Mastropaolo) c.° Bellelli (Avv. E. Salvia)

Sentenza penale assolutoria — Liquidazione di danni — Mancanza di pronunzia nella sentenza — Non ostacola la domanda nel giudizio civile — Querela — Risarcimento di danni (art. 570, 571 proc. pen:).

a) *Dopo una sentenza assolutoria, la quale non abbia dichiarato tenuta la parte civile al risarcimento di danni, l'azione civile per tal danno si deve istituire innanzi al giudice competente per ragione di valore.*

L'articolo 571 proc. pen. si riferisce al solo caso in cui la sentenza penale abbia dichiarato doruti i danni, che poi non abbia potuto liquidare per mancanza di documenti.

b) *La sentenza assolutoria, che condanna la parte civile alle sole spese senza interloquire sui danni, non è di ostacolo a che l'imputato assolto domandi tali danni davanti al giudice civile.*

c) *Una querela, per dar luogo a risarcimento di danni, der' essere l'effetto del dolo, della mala fede o anche di una certa colpa: in altri termini der' essere temeraria.*

La Banca Popolare di S. Gregorio Magno aveva in appalto la riscossione delle imposte dirette di quel Comune. Il contribuente signor Francesco Coppola nel 1891 sporse querela contro il Direttore signor Berardino Policastri. Su tale querela fu dichiarato non esservi luogo a procedimento per inesistenza di reato, onde il signor Policastri a sua volta sporse querela contro il signor Coppola tra l'altro per ingiurie e diffamazione, e questi fu condannato. In occasione di tale giudizio a firma dell' avv. signor Giuseppe Bellelli fu dato alle stampe una memoria, la quale fu dappoi largamente diffusa. Il signor Coppola allora, rilevando che in essa si contenevano espressioni lesive della stima e riputazione di lui e che la diffusione se n'era fatta largamente col fine di diffamarlo, sporse querela contro esso Bellelli, contro il signor Policastro e contro altri.

Anche su tale querela il giudice istruttore dichiarò non luogo a procedimento per inesistenza di reato e condannò il querelante alle spese. All' ordinanza si oppose il Procuratore Generale del Re e lo stesso signor Coppola costituitosi parte civile, la Sezione di Accusa rigettò l'opposizione e condannò pure esso Coppola alle sole spese.

Dopo ciò Bellelli convenne quest'ultimo davanti il Pretore di Buccino, e domandò per danni interessi derivanti dall' inconsulta querela la somma di lire 1435. Il convenuto eccepì la incompetenza del Pretore in base all' art. 561 cod. proc. civ., subordinatamente si difese nel merito.

Quel magistrato senz'attendere a veruna deduzione lo condannò al pagamento di lire 300 per danni.

Da tale sentenza appellò in principale il signor Coppola per tutte le ragioni di 1ª istanza. Con le comparse conclusionali però non insistette sull'eccezione d'incompetenza; ma dedusse, e v'insistette moltissimo, l'altra dell'inammissibilità dell'azione per trovarsi essa ostacolata dal pronunziato del giudice penale, che lo aveva condannato pel fatto della querela alle sole spese.

Appellò per incidente il signor Bellelli perchè gli si aumentasse l'ammontare dei danni. Il Tribunale, rigettando l'uno ed accogliendo l'altro gravame per quanto di ragione, aumentò la condanna a lire 535 oltre gli accessorì.

Contro tale pronunziato ha prodotto ricorso il signor Coppola per quattro mezzi di annullamento, i due primi, per non avere il Tribunale nè ragionato nè dichiarato la incompetenza del Pretore; l'altro, per non essere stata accolta l'eccezione relativa alla inammissibilità dell'azione, l'ultimo infine perchè una querela data senza dolo e senza colpa non poteva dar luogo a risarcimento di danni: donde l'esame delle seguenti quistioni.

1ª Dopo una sentenza assolutoria, la quale non abbia dichiarata tenuta la parte civile al risarcimento di danni, l'azione civile per tal danno è bene istituita innanzi al giudice competente per ragione di valore?

2° La sentenza assolutoria, che condanna la parte civile alle sole spese senza interloquire sui danni, è per avventura di ostacolo a che l'imputato assolto domandi tali danni davanti al giudice civile?

3ª La responsabilità di danni a carico del ricorrente fu forse dalla sentenza impugnata erroneamente affermata?

4ª Che quindi sul ricorso, sul deposito e spese?

Attesochè se l'eccezione d'incompetenza apparisse fondata, si potrebbe utilmente indagare se malgrado il signor Coppola non avesse su di essa insistito con le comparse conclusionali davanti al Tribunale, fosse non pertanto dovere di quel Magistrato il discuterla, comechè relativa ad una incompetenza assoluta, e quando specialmente, con l'atto di appello si erano richiamate espressamente tutte le ragioni di prima istanza. Ma l'eccezione invece non ha fondamento di sorta. L'art. 571 cod. proc. pen. sancisce che, nel caso di assolutoria o di dichiarazione che non vi fu luogo a procedere, ed altresì in quello di condanna, saranno liquidati nella sentenza i danni domandati dalla parte civile, o dall'imputato o dall'accusato, se il processo offre gli elementi necessarì per determinare la quantità.

Indi lo stesso articolo soggiunge:

« Altrimenti si procederà nelle forme prescritte per la liquidazione di danni dal cod. di proc. civ. avanti la sezione civile della Corte, o del Tribunale od avanti il Pretore, che pronunziarono la sentenza ».

Cotesta disposizione adunque si riferisce all'unico caso in cui la sentenza penale abbia dichiarato dovuti i danni, che poi non abbia potuto liquidare per manco di documenti; ed in questo unico caso la liquidazione va fatta dalla sezione civile della Corte, o del

Tribunale od invece dal Pretore che pronunziarono la sentenza; l'è una competenza che taluni definiscono per connessione.

Ora se il pronunziato penale, per la quale il signor Bellelli venne prosciolto dalla imputazione ascrittagli, non gli aggiudicò i danni; che anzi di essi non si occupò punto, perchè non erano stati domandati, manca interamente la ragione per la quale esso Bellelli avrebbe dovuto adire quel Magistrato, che sarebbe stato competente per la liquidazione, qualora i danni già gli fossero stati aggiudicati. Egli invece adì quel magistrato ordinario competente a giudicare per ragione di valore se i danni gli fossero dovuti, ed in ciò il procedimento fu corretto non potendosi in materia giurisdizionale applicare una disposizione, ch'è relativa ad un caso specialissimo e pel quale eccezionalmente le regole comuni sono state derogate.

Attesochè l'art. 570 cod. proc. pen. sancisce che nel caso di assoluzione o dichiarazione che non si fa luogo a procedere, le sentenze dichiareranno tenuta, ove occorra, la parte civile a risarcire i danni verso l'imputato od accusato. Secondo questa disposizione adunque il giudice penale deve non sempre dichiarare tenuta la parte civile al risarcimento dei danni, ma soltanto, ove occorra; il che importa che quando non occorre non lo debba, vale a dire che in un pronunziato di assoluzione possa o non possa contenersi secondo l'occorrenza, la dichiarazione di responsabilità della parte civile.

Se è così, quando cotesta dichiarazione manca, deve intendersi essere stato dal giudice penale ritenuto ch'essa non occorresse, ed in tal caso lo esperimento della relativa azione ex integro davanti al giudice civile non è per alcun verso pregiudicata, imperocchè al giudice penale era ammesso l'esame della sola opportunità, della sola occorrenza del provvedimento ed egli cotesta occorrenza non riconobbe, non già ch'escluse implicitamente una qualunque responsabilità. Lo che tanto più s'induce quando, come nella fatti specie nessuna domanda da parte dell'accusato o dell'imputato sia proposta per risarcimento di danni, da obbligare il giudice stesso a provvedere su di essa in un modo qualunque.

Attesochè è esattissimo il principio giuridico assunto dal ricorrente che una querela, per dar luogo a risarcimento di danni, debba essere l'effetto del dolo, della mala fede od anche di una certa colpa che in altri termini debba essere temeraria. Quindi sarebbe giustissima l'ultima doglianza del ricorrente, se il Tribunale malgrado avesse riconosciuto che il querelante nell'*iudicem reposcere* aveva agito in buona fede e senza alcuna leggerezza, lo avesse non pertanto dichiarato tenuto al risarcimento di danni. La cosa invece non è così. Il Tribunale nella querela sporta dal sig. Coppola vi ha visto non solo la colpa, ma qualche cosa più della colpa, lo sfogo di un ingiusto sentimento di vendetta, intorno a che ha ragionato lungamente.

Si è adunque in tema di convincimento incensurabile di fatto

i principii di dritto non sono stati vulnerati, e quindi ogni doglianza in proposito riesce inattendibile.

Attesochè se dallo svolgimento innanzi dato dalle tre proposizioni compendiate nei quattro mezzi di annullamento, incompetenza, carenza d'azione e merito dell'azione stessa assorge evidente il torto del ricorrente, è coroliario legittimo che il ricorso debba essere respinto.

Per tali motivi ecc.

....

CORTE DI APPELLO DI NAPOLI (Sez. 1.ª) — *14 dicembre 1896*

NUNZIANTE *P. P.* — CONTI *Est.*

Finanza — Società dei beni immobili

Legge sul Risanamento di Napoli — Imposta — Esenzione — Fabbricati nuovi (art. 14 L. 15 gennaio 1885)

Per l'art. 14 della Legge 15 gennaio 1885 sul Risanamento di Napoli la esenzione della imposta sui fabbricati è la quinquennale e non la biennale; e si estende non solo ai fabbricati restaurati e migliorati, ma anche ai fabbricati nuovi, i quali sorgono in sostituzione degli antichi.

Attesochè il Tribunale di Napoli con sentenza del 13-20 marzo 1896, respinse la domanda dell'Intendente di Finanza del 29 agosto 1895 diretta ad ottenere, che fosse dichiarato competere la esenzione biennale ammessa dall'art. 18 della L. 26 gennaio 1895, e non la quinquennale dell'art. 14 della L. 15 gennaio 1885 sul risanamento, al reddito del fabbricato in via Medina, S. Marco ai Ferrari, Porto e Piazza Municipio, costruito dalla Società per l'acquisto e rivendita dei beni immobili.

Avverso questa sentenza la Finanza ha prodotto appello, ed assume che non sia applicabile all'edifizio della predetta Società la esenzione ammessa dall'art. 14 della mentovata legge; rassegna quattro principali argomenti, che desume dalla lettera d lla legge, dal raffronto degli articoli corrispondenti di altre leggi di risanamento per Torino e Bologna, dai precedenti parlamentari, e dallo spirito della legge.

Attesochè è pacifico tra le parti, che l'edifizio di che trattasi, sia surto sull'area del demolito fabbricato di proprietà dei signori Cirella, ricada nel piano di risanamento della città di Napoli, e sia divenuto abitabile e redditizio soltanto nel 4 maggio 1894. Ora la sola controversia a risolvere è quella di vedere se al reddito del detto edifizio sia applicabile il benefizio della esenzione quinquennale accordata dall'art. 14 della L. 15 gennaio 1885.

Attesochè la mentovata disposizione è così concepita: « Sarà « esente per 5 anni dall'imposta sui fabbricati il maggior valore lo« cativo derivante da miglioramenti e restauri per cagione d'igiene ».

In siffatta locuzione non si dice solo restauri, con che sarebbesi indicata la rifazione dei fabbricati preesistenti, ma si dice pure miglioramenti, e poi si soggiunge per cagione d'igiene, con la quale dizione viene maggiormente specificato il titolo e la causa della esenzione. perchè coi miglioramenti e restauri a differenza degli abbellimenti l'igiene della città si avvantaggia.

Il ristauro è di per se un miglioramento, ma quando il legislatore adopra quest'ultima parola in aggiunta della parola restauro, convien argomentare, che, oltre alla rifazione dei fabbricati preesistenti, intendesse egli estendere l'esenzione a fabbricati diversi dai restaurati, i quali non possono essere se non quelli, i quali sorgono in sostituzione degli antichi, che occupano nuove aree e che rispetto agli antichi rappresentano un miglioramento.

La Finanza restringe il significato della parola miglioramento, e vuole che si riferisca soltanto a fabbricati ridotti in uno stato migliore; ma così si altera la parola della legge, la quale non a caso soggiunse, *per cagione d'igiene*, con che indicò non già quei miglioramenti, che giovano al proprietario, ma quelli che avvantaggiano l'igiene pubblica e con l'avvantaggiare l'igiene pubblica fanno aumentare altresì il reddito. Nè si può trarre alcun argomento dalla locuzione dell'art. 18 della legge 26 gennaio 1865, che secondo l'assunto della Finanza si adatterebbe più alla specie, come quello in cui si parla, di nuove costruzioni. Le due leggi hanno finalità diverse, e diverso scopo hanno pure i due beneficii accordati dalle medesime. Il beneficio della L. del 1865 ha lo scopo di favorire le costruzioni nuove, quello della L. del 1885 ha lo scopo di migliorare l'igiene della città di Napoli, specialmente nell'area, che fu il campo ove la precedente epidemia colerica ebbe a mietere più numerose vittime.

Per la lettera adunque della legge apparisce chiaro il concetto di doversi applicare al reddito dell'edifizio, di che trattasi, la esenzione quinquennale.

Attesochè dal raffronto di altre disposizioni di altre leggi di risanamento, lungi dall'essere confortato l'assunto della Finanza è dimostrato maggiormente privo di consistenza giuridica. La L. 15 aprile 1886 sul risanamento di Torino si esprime nell'art. 3: «La sentenza « temporanea dell'imposta stabilita per i fabbricati nuovi dall'art. 18 « della L. 26 gennaio 1865 N. 2136 è estesa a 5 anni per i fabbri- « cati che vengono costruiti nelle opere sopraccennate ». La Legge 11 aprile 1889 sul risanamento di Bologna si esprime: «L'esecuzione « temporanea dell'imposta stabilita dall'art. 18 L. 26 gennaio 1865 « è estesa a 5 anni ai fabbricati, costruzioni e ricostruzioni rese ne- « cessarie dai lavori di risanamento nel progetto speciale approvato « con R. decreto 22 luglio 1887 ». Le tre locuzioni diverse delle tre leggi esprimono unico concetto, come unico fu lo scopo della loro promulgazione, il Risanamento, e quest'unico concetto consiste nella esenzione quinquennale dalla tassa per quei fabbricati che al risanamento contribuissero.

La prima legge che è quella per Napoli fu nella locuzione meno

perfetta ed esplicita, ma le altre due leggi maggiormente il medesimo concetto esplicarono. Altrimenti senza alcuna ragione sufficiente anzi contrariamente a quanto è detto nelle relazioni che precederono quelle leggi converrebbe intendere che il legislatore avesse conceduto a Torino più di quello che ebbe ad accordare a Napoli, ed abbia beneficato Bologna più di Torino, perchè nella legge per Bologna si indicano non solo fabbricati nuovi, ma ancora costruzioni e ricostruzioni.

Nè poi può mettersi a riscontro i varii benefici accordati dalle tre leggi ai tre comuni, per dedurne che Napoli abbia già ricevuto maggiori compensi, ed altri non si potessero accordare, perchè gli altri benefici sono in proporzione dell' importanza delle opere, nè si tratta ora di distribuirli. Invece si tratta d' interpetrare un solo benefizio, che non può intendersi se non accordato ugualmente alle altre città.

Attesochè il magistrato quando deve interpetrare la legge deve indagare la mente del legislatore, e non quella dei legislatori, ma pur volendo riandare i precedenti parlamentari, come elemento storico della legge, non si può venire alla conclusione alla quali giunge la Finanza.

Quando nella Camera dei Deputati discutevasi la legge del Risanamento per Napoli, taluno intendea estendere l'esenzione dell'imposta sui fabbricati anche alle costruzioni, che sarebbero surte nel piano di ampliamento. Si fu in quella occasione che il Presidente del Consiglio dei ministri, e quello delle Finanze si opposero a siffatta estensione. Epperò tutto ciò che in quella occasione si disse non può valere come precedente storico. Invece dalla relazione parlamentare che precede la legge, risulta che la causa dei mali, a riparare i quali la medesima era proposta, consistea nell' agglomeramento della popolazione; e precipuo mezzo per curare siffatti mali era quello di abbattere per ricostruire, ed il piccone demolitore dovea precedere il muratore che edifica.

Da queste parole ricavasi legittima la illazione che si dovessero abbattere le case luride e malsane per ricostruirle con sistemi moderni. E con siffatto intendimento all'art. 1 del prospetto del governo, nel quale si indicavano « le fognature, le strade, gli abbat- « timenti dei fondaci cogli altri lavori tutti pel risanamento dei « quartieri insalubri della città di Napoli, in conformità del piano « regolatore che sarebbe approvato » fu sostituito l'art. 1 del progetto della Commissione, nel quale, si dice, « sono dichiarate di pub- « blica utilità tutte le opere necessarie al risanamento della città di « Napoli, giusta il piano, che in seguito a proposta del Municipio, « sarà approvato per R. Decreto. » Or il piano di risanamento contiene principalmente le modificazioni da surrogare alle case luride e malsane, ed escludere dalla esenzione quinquennale gli edifici ricostruiti al seguito di abbattimento di case malsane, significa sconoscere i precedenti storici.

Nè poi l'essersi scisso l'art. 12 del progetto in tre parti e l' es-

sersi della terza parte fatto un articolo speciale, rimanendosi ferma la dizione del progetto primitivo, mette nulla in essere, anzi tale circostanza rafferma maggiormente il concetto che la esenzione fu accordata non già nello scopo di favorire l'industria, ma per quello di compensare il danno che i costruttori avrebbero dovuto risentire per raggiungere lo scopo di sostituire alle case malsane, edifizi che rispondessero alle prescrizioni dell'igiene.

Attesochè finalmente ove si voglia risalire allo spirito della legge apparisce manifesto che sia proprio al reddito dell'edifizio, di che trattasi, applicabile la esenzione quinquennale della tassa sui fabbricati.

Attesochè quando fu promulgata la legge del 1865 sulla imposta fabbricati non si erano verificati i casi luttuosi, che diedero agio alla nazione di accorrere con nobile slancio in soccorso di una città tanto travagliata dal morbo asiatico, ed alla corona di adempiere la sua missione moderatrice delle umane sciagure. L'igiene pubblica era studiata nella scuola, ma non era tradotta nelle leggi, ed il legislatore con l'esenzione biennale dal pagamento della imposta non ebbe altro in mira che favorire l'industria edilizia. Ma quando poi si volle che le costruzioni nuove, o le ricostruzioni, rispondessero ad un piano prestabilito e coordinato secondo le regole igieniche, si vide la necessità di profondere maggiori capitali, quali le regole igieniche richiedono. Fu così che il legislatore tra gli altri mezzi stabilì la esenzione quinquennale, la quale rappresenta un certo compenso dei maggiori capitali profusi, ed anche impediti, in quanto servono ad eseguire anche opere improduttive al che si aggiunge che al maggior capitale speso occorre maggior tempo, perchè sia reso produttivo. Scopo dell'esenzione adunque stabilita dall'art. 14 della legge 15 gennaio 1885 non fu quello di favorire la industria edilizia, ma quello di compensare il maggior capitale sia nella parte che sarebbe rimasta improduttiva, sia relativamente al tempo maggiore richiesto per divenir produttivo. Or se questo fu lo scopo della legge, se questa fu la mente del legislatore, risulta evidente che la esenzione medesima sia applicabile non ai soli redditi risultanti dai miglioramenti apportati agli edifizii esistenti, ma ancora ai redditi degli edifizii ricostruiti o costruiti ex novo.

Attesochè non essendosi i primi giudici allontanati da siffatti criterii direttivi l'impugnata sentenza è incensurabile e deve essere confermata,

Attesochè la Finanza succombe e deve essere condannata alle spese d'appello art. 370 cod. civ.

CORTE DI APPELLO DI NAPOLI (Sez. 1.ª) — *20 gennaio 1897*

PETRUCCELLI *ff. P.* — CONTI *Est.*

Lombardi c. Criscuoli

Fallimento—Presunzione di frode—Ipoteche costituite insieme alla obbligazione – Validità (art. 709 cod. comm.)

Per l' art. 709 cod. comm. la frode si presume negli atti compiuti dal fallito dopo la cessazione dei pagamenti. Trattandosi però di atti a titolo oneroso, occorre che il terzo conoscesse che il commerciante fosse nello stato di cessazione di pagamenti.

Quando l'ipoteca è concessa dal commerciante per garentire una precedente obbligazione, è nulla. Invece quando essa è coeva alla obbligazione che garentisce e costituisce una condizione del vincolo contrattuale allora surto, non può esservi presunzione di frode e non può annullarsi se non si dimostri che il terzo, cui fu concessa l'ipoteca, avesse la scienza della cessazione dei pagamenti.

Attesochè il Tribunale di Napoli sulla istanza di Paolo Lombardi con sentenza del 6 settembre 1895 dichiarò il fallimento di Vincenzo Rossi di Castellammare di Stabia, fissò la data della cessazione dei pagamenti al 2 agosto detto anno stabilì il giorno per la verifica dei crediti, nominò il curatore in persona dell' avvocato Contestabile. Con altra istanza lo stesso Lombardi adì lo stesso Tribunale per la revoca del curatore, e per la retrotrazione della data di cessazione di pagamenti; e poichè nella verifica dei crediti si erano elevate non poche contestazioni, il giudice rinviò l' incidente sulle medesime al Tribunale. Intanto lo stesso Lombardi propose querela di bancarotta fraudolenta contro il Rossi, di complicità contro la Ditta Criscuoli ed anche di negligenza contro il curatore. Il relativo procedimento era tuttavia pendente quando furono le due cause portate alla conoscenza del Tribunale. Il Lombardi disse che il Rossi si era colluso con la Ditta Criscuoli, la quale con istrumento del 20 marzo 1893 avea per lire 20000 ottenuto dal debitore garantia ipotecaria, ed avea pubblicato ipoteca nel 29 detto mese ed anno, e poi era nella verifica dei crediti concorsa anche per altri crediti nella complessiva somma di lire 32643:75.

Il Tribunale con sentenza del dì 8 giugno 1894 riunì le due cause, quella sulla istanza di Lombardi per la retrotrazione della data della cessazione dei pagamenti, e quella sull'incidente elevato innanzi il giudice delegato, e fissò la data di cessazione dei pagamenti al 1° gennaio 1893; annullò tutte le ipoteche pubblicate dopo tale data, diede provvedimenti relativi alle contestazioni di ammissione di altri creditori, ammise provvisoriamente al passivo del fallimento i varii crediti della Ditta Criscuoli, sospendendo di provvedere sull' ammissione definitiva sino all'esito del giudizio penale, dichiarò allo stato non trovar luogo a provvedere sulla revoca del curatore, mise parte delle spese a carico della massa, riserbò le altre. Il procedimento penale fu espletato con dichiarazione di non farsi luogo a procedi-

mento per inesistenza d'indizii ritenendosi dovere il Rossi rispondere soltanto di bancarotta semplice, e poichè la sentenza del 1894 non era stata notificata, la Ditta Criscuoli ha prodotto appello principale, ha prodotto pure appello incidentale il curatore del fallimento, e vengono l'uno e l'altro gravame alla conoscenza della Corte.

Attesochè l'appellante Ditta Criscuoli deduce che il Tribunale abbia fatto mal governo della disposizione dell'art. 709 N. 4 Cod. di Comm. la quale non era applicabile, epperò malamente abbia annullato le sue ipoteche, chiede pure i danni-interessi.

Attesochè al principio generale che la buona fede si presume nelle contrattazioni, fu dal legislatore derogato con l'art. 709 Cod. di Comm, e fu stabilito, che la frode è presunta negli atti compiuti dal fallito dopo la cessazione dei pagamenti. Però questo principio ha una limitazione ed è costituita dalla disposizione del N. 1 dell'art. medesimo, pel quale trattandosi di atti a titolo oneroso, in omaggio alla serietà della contrattazione, la presunzione di frode è subordinata alla consapevolezza che il terzo avesse di essere il commerciante nello stato di cessazione dei pagamenti. Solo adunque allorchè si dimostri nel terzo la scienza della cessazione dei pagamenti può ammettersi la nullità della contrattazione. La concessione dell'ipoteca da parte del commerciante in favore del terzo può essere fatta o per garantire una precedente obbligazione, un vincolo contrattuale preesistente, ed allora apparendo manifesto lo scopo di rendere la posizione del terzo migliore di quella degli altri creditori, quest'aggiunzione di garantia ricade nella sanzione del N. 4 dell'art. 709. Ma quando l'ipoteca è coeva alla obbligazione che garantisce e costituisce una condizione del vincolo contrattuale allora surto, non può esservi presunzione di frode senza che si dimostri avere quegli cui l'ipoteca fu concessa la scienza della cessazione dei pagamenti perchè sarebbe una contraddizione ammettere la presunzione di buona fede per la formazione dell'obbligazione principale, e quella di mala fede per la concessione dell'ipoteca che ne costituisce l'accessorio e la condizione.

Attesochè non vale argomentare in contrario dalla disposizione dell'art. 710, in quanto col medesimo possa intendersi per titolo riconosciuto valido solo quello costituito prima della cessazione dei pagamenti, perchè non può ammettersi differenza di titoli validi secondo diversità di data, quando la validità una volta riconosciuta e proclamata non può perdere alcuno dei suoi effetti in qualunque tempo ne sia il titolo costituito.

Attesochè alla stregua di siffatto criterio direttivo, oramai proclamato dalla Corte regolatrice, e seguito anche da questa Corte recentemente, apparisce erronea la impugnata sentenza, la quale ritenne nulla la ipoteca costituita quando fu formato l'atto oneroso senza che fosse dimostrato avere la Ditta creditrice scienza della cessazione dei pagamenti

Però è che l'appellato Lombardi ritiene siffatta scienza da tre circostanze: 1ª dai numerosi protesti cambiarii subiti dal Rossi, che

dal certificato risulta essere stati al N. di 47, e che non poteano essere ignorati in Castellamare di Stabia ove la Ditta Criscuolo domicilia; 2ª dall'essersi l'istrumento del 20 marzo 1893 stipulato in Napoli, e non in Castellammare; 3ª dall'essersi immediatamente pubblicata la iscrizione ipotecaria.

Sono però circostanze queste che non dimostrano la scienza che si richiede. Risulta dall'esibito certificato che prima del 20 marzo 1893 non vi furono che tredici protesti, dei quali sette ad istanza della Banca Nazionale, e tutti per somme non molto rilevanti, cioè non tali da far ritenere compromessa la posizione economica del Rossi. La distanza tra Castellammare di Stabia e Napoli, è così breve che nulla mette in essere se l'istrumento siasi qui rogato dal notaio che qui risiede. L'ipoteca infine non fu pubblicata lo stesso giorno o il giorno dopo, come la Ditta avrebbe potuto, ma nove giorni dopo, il che dimostra che la medesima non da molto timore fosse compresa.

Attesochè d'altra parte ad escludere la mala fede stanno tre circostanze, la prima che i rapporti tra la Ditta Criscuoli ed il fallito Rossi derivano da somministrazioni di zolfo per la campagna del 1893, per la quale somministrazione fu aperto un conto corrente, somministrazione che non è dimostrata inesistente, la seconda che il Rossi all'epoca in cui fu stretto il vincolo contrattuale non avea perduto il credito, e ciò risulta dalla stessa comparsa della difesa del Lombardi in prima istanza, il quale Lombardi avallava le cambiali del Rossi, con che dimostrava di aver fiducia in lui, la terza che al seguito della querela del Lombardi il magistrato dichiarò non farsi luogo a procedimento penale per inesistenza di reato a carico della Ditta Criscuoli.

Attesochè riconosciuta valida l'ipoteca, l'impugnata sentenza deve essere riformata nel capo in cui ammise al passivo del fallimento tra i chirografarii in favore della Ditta Criscuoli la somma di lire 20000 per la quale fu iscritta la ipoteca.

Attesochè espletato il procedimento penale sulla querela del Lombardi, e con la dichiarazione di non farsi luogo per inesistenza di reato a carico della Ditta Criscuoli, l'ammissione dell'altro credito della medesima in lire 12647,75, deve divenire definitiva, avendone i primi giudici pronunziata l'ammissione solo in linea provvisoria tra i chirografarii.

Attesochè la Ditta Criscuoli chiede pure i danni-interessi, ma questi non sono dovuti, perchè l'attacco mosso da Lombardi non sorpassa i limiti di una semplice difesa giudiziaria, ed i danni domandati si risolvono nel rimborso delle spese.

Attesochè avverso gli altri capi della sentenza del Tribunale non è appello, epperò i medesimi rimangono fermi. Solamente il curatore si duole che siasi riserbato di provvedere sulle spese da lui erogate. La ragione della riserba si fu perchè la disputa non era definita nell'interesse di tutte le parti; ma ora che la definizione è verificata, la ragione della riserba viene a cessare, e devesi definitivamente provvedere sulle spese.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI APPELLO DI NAPOLI (Sez. 1.ª) — *25 gennaio 1897*

NUNZIANTE *P. P.* — CONTI *Est.*

Solizi c. Società delle Ferrovie del Mediterraneo

Giudizio sommario—Comparsa conclusionale – Comparsa aggiunta (art. 390 proc. civ.)—Competenza – Causa commerciale (art. 91 proc. civ.) — Locazione d'opera — Obblighi del conduttore (art. 1570 cod. civ.).

a) *Nei giudizi sommarii la comparsa è unica, e non vi ha alcuna differenza tra comparsa principale e comparsa suppletiva o aggiunta.*

b) *Il capoverso dell'art. 91 del codice di procedura civile si applica non solo alle azioni derivanti da atti che sono commerciali per ambo le parti, ma anche a quelle derivanti da atti che sono commerciali per una delle parti, e non lo sono per l'altra.*

c) *Nei contratti di locazione d'opera il conduttore ha l'obbligo di garentire al locatore la incolumità personale nell'adempimento delle funzioni proprie dell'opera a prestarsi.*

Attesochè, sta in fatto, che nel di 20 ottobre 1895 Angelo Solizi fuochista della Società delle Ferrovie del Mediterraneo, partito da Napoli col treno N.° 2209 per Taranto, uscito dalla Stazione di Torre del Greco, si sporse dalla macchina col capo in fuora, ma ebbe ad urtare in una garitta in muratura, e cadde al suolo col capo infranto, sicchè trasportato all' Ospedale dei Pellegrini dopo due giorni cessò di vivere — I figli di lui Giuseppe, Italia ed Emilia con separate istanze dei 24 marzo e 4 aprile 1896 convennero innanzi il Tribunale di Napoli il Direttore Generale della Società delle Ferrovie del Mediterraneo signor Comm. Mattia Massa e chiesero l'indennizzo dei danni derivati dall' infortunio, danni che fecero ascendere alla cifra di L. 50,000 complessivamente una agl'interessi legali—Il convenuto eccepì la incompetenza *ratione loci*, la improponibilità dell'azione, la insussistenza della stessa, chiedendone il rigetto—Il Tribunale con sentenza del 10-12 luglio 1896 respinse siffatte eccezioni, e, ritenendo la responsabilità contrattuale della Società, l'ammise a provare con testimoni, che il fuochista Angelo Solizi non incontrò la morte per aver voluto in adempimento del proprio dovere, osservare, rivolto indietro col viso verso la coda del treno, se questo procedesse in ordine.

Avverso questa sentenza la Società delle Ferrovie del Mediterraneo ha prodotto appello ripetendo le eccezioni e deduzioni di prima istanza.

Attesochè il Tribunale ritenne che l' azione intentata dai Solizi si fondasse non già sulla colpa aquiliana, ma sulla colpa contrattuale in quanto la Società Ferroviaria e pei principii generali che regolano il contratto di locazione d'opera, e per l'art. 2 del Reg. emanato con R. Decr. 31 ottobre 1874 sia obbligata a garentire l'incolumità ai locatori di opera, quali sono i suoi impiegati nell'esercizio

delle funzioni, che debbono espletare, e perchè il contratto è commerciale, e l'azione che ne deriva è del pari commerciale, competente sia il magistrato del luogo dove l'obbligazione deve eseguirsi.

Attesochè la Società appellante invece deduce in prima istanza e sostiene ora come motivo di appello che, quando anche trattisi di azione nascente *ex locato*, e non *ex lege aquilia*, l'art. 91 cod. proc. civ. sia inapplicabile, perchè in ogni caso il contratto fu commerciale per la Società, ma non lo fu per Solizi.

Attesochè alla eccepita declinatoria di foro gli attori Solizi opposero la inammissibilità in quanto la medesima non era stata dedotta prima di ogni altra difesa; ma la Corte osserva, che la causa fu trattata col rito sommario nel quale lo scambio delle comparse si fa all'udienza, e la comparsa è unica non avendo riscontro colla legge la differenza tra comparsa principale e comparsa suppletiva od aggiunta — Altronde la eccezione fu dalla Società proposta insieme alle difese, nelle quali la medesima si riserbò sempre il dritto di proporre altre eccezioni, or in questa riserba è contenuta la proposta eccezione.

Per siffatti motivi è da ritenere che bene i primi giudici discesero a valutarla.

Attesochè l'appellante limita l'applicabilità del capoverso dell'art. 91 cod. proc. civ. alle sole azioni derivanti da atti che sono commerciali per ambo le parti, e sostiene che non sia estensibile a quelle derivanti da atti che sono commerciali per una delle parti, e non lo sono per l'altra—Ma a questa interpetrazione si oppone la lettera, la storia, e lo spirito della legge.

Attesochè si oppone la lettera della legge perchè nel capoverso dell'art. 91 cod. proc. civ. non si legge la distinzione che l'appellante vorrebbe introdurre — Infatti in esso si parla di materia commerciale, o di obbligazioni commerciali da eseguirsi, senza distinguere se le materie e le obbligazioni sono tali per l'una o per l'altra delle parti litiganti; e dove il legislatore non distingue non è dato al magistrato distinguere.

Nè vale obbiettare che la mentovata disposizione era coordinata al codice di commercio del 1865, e che non possa più intendersi applicabile dopo la pubblicazione del Cod. Civ. del 1882, perchè la medesima non fu mai abrogata, e sola conseguenza che deriva dal variare dei codici, è che essa debba interpetrarsi in relazione al nuovo codice — Ora pel nuovo codice sta la disposizione dell' art. 54, per la quale se un atto è commerciale per una sola delle parti, tutti i contraenti sono per ragione di esso soggetto alla legge commerciale, fuorchè alle disposizioni che riguardano le persone dei commercianti, e salvo le disposizioni contrarie della legge, e stanno altresì gli articoli 869 e 870 detto codice, per le quali appartiene alla giurisdizione commerciale la cognizione di tutte le controversie riguardanti atti di commercio tra ogni sorta di persona; e se l'atto è commerciale per una sola delle parti le azioni che ne derivano appartengono alla giurisdizione commerciale.

Attesochè ove poi si voglia ricordare la storia degli articoli 34, 869 e 870 del Cod. di Comm. vigente risulta ancora più insussistente la proposta eccezione. — Risulta dai lavori preparatorii, che fu ampiamente discusso nel seno della commissione se dovesse prevalere l'antico sistema formulato dall' art.. 91 del vecchio codice, cioè del doversi guardare alla persona del convenuto, o se invece dovesse adottarsi il sistema germanico formulato nell'art. 277 del codice germanico, e poi adottato anche nel progetto svizzero. Il codice germanico così si esprime: Le disposizioni di questo quarto libro sono da applicarsi egualmente ad ambedue i contraenti rispetto ad ogni affare, che è un atto di commercio per parte di uno di essi, a meno che da queste stesse disposizioni non risulta che le loro particolari determinazioni si riferiscano soltanto a quello dei due contraenti riguardo al quale l'affare è un atto di commercio. Ed il progetto svizzero: Le disposizioni del presente libro sono applicabili a tutti i contratti che concernono oggetti mobili, salvo che la legge non ne abbia ristretto l'effetto agli atti dei commercianti.

Or nella discussione prevalse il sistema germanico, e nella relazione Mancini si legge. Per tutte queste ragioni ho creduto di dover seguire coll'attuale progetto gli esempii del codice germanico e del progetto svizzero, rigettando il sistema introdotto nel 1865 con poco felice prova. « Il relatore inoltre enumerò gli effetti della innovazione anche per rapporto alla giurisdizione e riconobbe che si avrebbe maggior garentia di retto giudizio col mezzo di giudici versati nella pratica di affari commerciali, ed alla soverchia rigidezza delle forme procedurali sarebbe sostituita maggiore celerità quale si addimanda pei negozii commerciali. Fu al seguito di siffatte discussioni che la legge fu alla Camera dei deputati proposta, e passò nel Codice la innovazione, la quale per la sua storia non può intendersi che abbia mantenuto l'antica distinzione. Epperò per rapporto alla giurisdizione se non è a far differenza tra atti commerciali per ambo le parti, ed atti commerciali per una sola di esse non può la distinzione medesima vedersi ove sono dettate le regole della competenza che altro non è che la organizzazione della giurisdizione.

Attesochè ove si risalga allo spirito della legge, il principio dell' unità del giudizio sarebbe violato qualora si ammettesse che sol quando l'atto è commerciale per ambo le parti convenisse adire il foro commerciale, perchè pel medesimo atto ora converrebbe applicare le regole commerciali or le civili, con che verrebbe a consacrarsi quella disuguaglianza che il legislatore volle evitare.

Attesochè eliminata la distinzione che costituisce il fondamento dello appello della Società del Mediterraneo, rientra la controversia nei confini, nei quali fu dai primi giudici disaminata — cioè nel vedere se l'azione intentata dai Solizi si fondi nel contratto cioè nella colpa contrattuale, ovvero si fondi nella colpa aquiliana.

Vero è che di presente non manchino scrittori, i quali dimostrano che anche l' azione derivante da colpa aquiliana sia di competenza commerciale, quando il fatto, che vi da luogo, rientra nei

confini dell'esercizio del commercio. Ma pur rimanendo la controversia come fu disaminata dai primi giudici, è indubitato che nel modo come fu l'azione libellata essa si fonda sulla colpa contrattuale perchè, dicesi dagli attori, che trattandosi di locazione di opera il conduttore sia pei principii generali, sia per le disposizioni speciali all'esercizio delle ferrovie abbia contratto l'obbligo di garentire al locatore la incolumità nell'esercizio delle funzioni loro domandate. E poichè il contratto è commerciale perchè la Impresa ferroviaria senza l'opera dei suoi agenti non potrebbe esercitare la sua industria, consegue che competente sia l'autorità giudiziaria del luogo ove dovea la obbligazione derivante dal contratto di locazione d'opera eseguirsi.

Nè si dica che nel rapporto della Società dovendo l'opera del Solizi prestarsi anche fuori la giurisdizione del Tribunale adito, questo non sia più competente perchè ora non trattasi dell'opera a prestarsi, ma dell'indennizzo del danno derivato dalla colpa qui verificatasi.

Bene adunque i primi giudici respinsero l'eccezione d'incompetenza *ratione loci.*

Attesochè la Società eccepì pure la improponibilità dell'azione, perchè nella valutazione della colpa dovendosi giudicare sul se la garitta, contro cui urtò il fuochista Solizi fosse stata normalmente costruita, questa disamina sia di competenza amministrativa. Ma anche questa eccezione fu bene dai primi giudici respinta, perchè la disamina verte soltanto sulla conseguenza del fatto amministrativo e per l'art. 4 della legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo la controversia è di competenza dell'autorità giudiziaria. L'impugnata sentenza in quanto respinse le due eccezioni deve essere confermata.

Attesochè, discendendo al merito della proposta azione, è da disaminare se all'infortunio del 20 ottobre 1895 possa ritenersi la presunzione di colpa nella Società delle Ferrovie del Mediterraneo, in guisa che la medesima sia obbligata a far la prova che la esclude a norma dell'art. 1225 c. c.

Pei principii generali del codice civile, fra gli obblighi del contratto di locazione d'opera è compreso quello, che ha il conduttore di garentire al locatore la incolumità personale nell'adempimento delle funzioni proprie dell'opera a prestarsi, obbligo che deriva dalla natura stessa del contratto, pel quale chi loca la sua attività subordina la locazione alla condizione che il conduttore che ha il dritto di regolare il lavoro, nel determinarne la misura e i confini gli garantisca la vita, senza di cui l'opera non potrebbe essere continuata Ma pei fini della causa come bene osservarono i primi giudici, è da volgere l'occhio della considerazione al regolamento emanato con R. Decreto del 31 ottobre 1875 nel quale sta scritto l'art. 2 per cui *nell'esercizio delle ferrovie si debbano prendere tutte le misure od usare tutte le cautele suggerite dalla scienza e dalla pratica per prevenire ed evitare qualunque sinistro.* Or se la Società contrasse

l'obbligo verso le persone che adibi all'esercizio dell'industria di prendere tutte le cautele per prevenire ed evitare i sinistri, l'onere della prova di aver prese quelle cautele sta a carico della Società stessa e non a carico di chi sperimenta l'azione derivante dall'infortunio.

Altesochè per l'art. 16 del mentovato regolamento del 1883 la strada ferrata deve essere tenuta fino a distanza di metri 1,50 dalle rotaie sgombra di ogni oggetto che non sporga al disopra del livello della medesima, ed a distanza maggiore quando si tratta di oggetti più alti delle rotaie. Questo articolo del regolamento è in armonia della legge sui lavori pubblici, per la quale nell'art. 221 è prescritto che la larghezza libera delle ferrovie, così pubbliche come private, non deve essere mai minore di quanto è necessario, non solo pel libero passaggio dei veicoli, ma anche per la sicurezza del servizio di guardia e di manutenzione. Or si assume dai Solizi che la garitta N. 14288 sia posta a distanza dalle rotaie minore di quella prescritta dal regolamento. In fatto la Società non nega che la distanza sia minore, ma sostiene che la medesima sia normale e conforme ai regolamenti, perchè fu costruita fin dal 1839 e fu così a lei consegnata quando assunse l'esercizio delle Ferrovie dello Stato, ed interpetra la mentovata disposizione del regolamento nel senso, che sotto la denominazione di oggetti, s'intendano gli oggetti mobili, e non già i manufatti.

Però la Corte osserva che l'essere la garitta di antica costruzione non esime la Società dalla responsabilità, perchè è sempre la Società che deve rispondere verso i terzi del fatto che dalla cattiva costruzione deriva, e perchè il regolamento che negli art. 14 e 15 prescrive che i macchinisti e fuochisti quando il treno si avvia debbono più volte volgersi indietro per vedere se il medesimo procede in ordine è recente, ed ha la data del 24 febbraio 1894 quando fu approvato dallo ispettorato. D'altra parte la interpetrazione ristrettiva non è conforme allo spirito della disposizione ed è anzi contraddetta dalla legge sulle opere pubbliche nella quale all'art. 210 soggetto, sono pure chiamati, gli edificì, capanne, piantamenti, siepi, staccati, muricciuoli di cinta, cumuli di materie ecc.

Attesochè la Società deduce inoltre sempre nello scopo di esimersi dalla responsabilità, che il Solizi cadde dal treno non perchè avesse urtato nella garitta, in adempimento del dovere impostogli dalle mentovate disposizioni degli art. 14 e 15 del Regolamento, ma per sua negligenza ed imprudenza, in quanto il medesimo senza necessità si protese fuori la macchina, e poi si aggrappò alla garitta e cadde, e sostiene che non vi era necessità, perchè da quel punto non può osservarsi che il solo disco girevole che sta verso Torre Annunziata, e questo solo dovere il fuochista dovea adempiere. Ma è indubitato, per le mentovate disposizioni, che il Solizi avesse il dovere di voltarsi indietro per vedere se il treno che usciva dalla Stazione di Torre del Greco procedesse in ordine, come è prescritto nell'art. 14 che è scritto sotto il capo, avviamento del treno; è in-

dubitato altresì che l'infortunio avvenne quando il treno si avviava, e per osservare il disco girevole verso Torre Annunziata non avrebbe il fuochista avuto bisogno di volgersi indietro e protendersi, ed il dovere di guardare il disco girevole non esclude l'altro del volgersi indietro per vedere se il treno procedesse in ordine. Solamente per maggiormente accertare se l'infortunio avvenne quando il Solizi adempiva il proprio dovere o invece come la Società sostiene per propria negligenza od impudenza la Corte reputa opportuno accertare la precisa distanza tra la sporgenza esterna dalla garitta, ed il lembo interno della vicina rotaia, e di quanto il Solizi dovè protendersi dalla locomotiva N. 6507, che è quella sulla quale il medesimo viaggiava, per urtare nella garitta, e ciò potrà essere oggetto di perizia. Reputa poi la Corte opportuno, per lo stesso scopo, ammettere la Società ad un supplemento di prova testimoniale per accertare se sia vero, come la medesima assume, che il Solizi non urtò nella garitta mentre osservava il treno se procedesse in ordine, ma per perdita di equilibrio verificatasi per sua imprudenza e prima che la macchina arrivasse alla garitta stessa.

Attesochè questa sola aggiunzione conviene apportare alla impugnata sentenza, la quale nel di più deve essere confermata.

Attesochè i provvedimenti sulle spese d'appello vanno rinviati ai primi giudici, i quali dovranno stabilire nel merito.

. . . .

Corte di Appello di Napoli (2ª Sez.) — *10 marzo 1897*

Ospedale Melario c.º Pasanisi

Sperandii *Pres.* — Cosenza *Est.*

Enfiteuti — Graduazione — Domino diretto — Canoni non pagati — Creditori — Preferenza (art. 1958 C. C.)

Al concedente spetta in graduazione ob canones non solutos *la collocazione con preferenza ai creditori dell'enfiteuta ai quali resta esercitare il privilegio sul valore delle migliorie.*

Espropriatosi a danno degli eredi Bellentani l'utile dominio di un fondo in Sant'Angelo in Formis, l'Ospedale Melario domino diretto concorse nell'apertasi graduazione per due annate di canoni arretrati a lui dovute e per altre lire 32 e 50 resta della terza annata.

Dopo la formazione dello stato il Tribunale Civile di S. Maria Capua Vetere ritenne non solo spettare all'Ospedale il privilegio per le somme chieste, ma ancora una prelevazione dal prezzo.

Il Professore Giovanni Pasanisi appellò da questo pronunziato.

Osserva in dritto essere oziosa la distinzione tra privilegio e prelevamento, perchè poi in sostanza si riduce ad una cosa sola al privilegio la prelevazione: bene quindi il Tribunale si regolò quando ammise la prelevazione a favore del direttario pei canoni dovutigli.

Imperocchè se pur discrepanza vi fosse stata nei primi tempi, oggi la giureprudenza è pacifica nel ritenere che spetti al domino diretto una ragion di preferenza sul prezzo del dominio utile per i canoni non pagati.

Una tale ragione di preferenza ritienesi discendere dal diritto di devoluzione.

Se, infatti, al concedente, *ob canones non solutos*, e in pena di ciò, compete il più ampio diritto di consolidare, col dominio diretto anche il dominio utile, che si concretizza nelle migliorie eseguite dall'enfiteuta; non è possibile, per contrario, negare, allo stesso, il diritto di soddisfarsi dei canoni arretrati con preferenza sui creditori dell'enfiteuta, i quali non han diritto che su quella parte delle migliorie che rimane detratto l'avere del domino diretto.

Ed, invano, si ribatte, dai sostenitori della tesi contraria, che tale preferenza si tramuta in un vero privilegio, che la legge non riconosce, perchè, ripetesi, concesso il più ampio diritto di devoluzione, sarebbe illogico e non giuridico negare il diritto più ristretto di farsi semplicemente pagare i canoni arretrati facendo sussistere l'enfiteusi. E siccome tale diritto puossi dire contenuto nel primo o meglio puossi ravvisare come una esplicazione del medesimo, così sarebbe stata una inutile superfetazione del legislatore sancire un proprio e vero privilegio.

Senonchè una tale ragione di preferenza ha per presupposto che il diritto del concedente, sia di sua natura reale e non già personale.

Or questa natura reale disconoscesi dall'appellante, che si sforza di dimostrare che solo per le enfiteusi antiche è a ritenersi il diritto del concedente come un vero diritto reale immobiliare. Il quale, poi dai glossatori fu detto dominio diretto ed utile l'insieme dei diritti che veniva ad acquistarsi dall'enfiteuta: quasi ritenevasi, istituito un vero condominio tra il direttario e l'utilista.

Pel codice civile italiano, secondo l'appellante per le varie modifiche reclamate dalla necessità dei tempi, la natura dell'enfiteusi è del tutto cangiata.

Ma tale opinione, sebbene sostenuta da alcuni scrittori non ha trovato eguale accoglienza dalla maggior parte delle magistrature del Regno, che, esaminando varie disposizioni del Codice, si è sempre pronunziata per non avere, l'enfiteusi, nei suoi caratteri essenziali, subita trasformazione alcuna.

Invero il Codice civile italiano, in omaggio alla libertà dei fondi, ha disconosciuti molti antichi vincoli, che solevano accompagnare il contratto d'enfiteusi. Così ha dato piena libertà all'enfiteuta di disporre, nel più ampio senso della parola, del fondo enfiteutico, senza punto corrispondere al concedente prestazione di sorta o laudemio (1562 cod. civ.).

Ha, massime, concesso allo stesso il diritto di poter affrancare, in ogni tempo ed anche messa in esercizio l'azione di devoluzione, il canone e così divenire padrone assoluto del fondo enfiteutico.

Questo diritto. però, non è, in sostanza che una espropriazione forzata del dominio del direttario a favore dell'utilista, e non già un modo di restituire un capitale qualsiasi, di cui il canone rappresenterebbe l'interesse.

Ma oltre tali innovazioni, rese necessarie dal mutar dei tempi, la natura dell'enfiteusi antica è rimasta inalterata. Infatti basterebbe solo enunciare che si è mantenuto fermo il diritto di devoluzione, che non ha altro scopo che far consolidare a quei pochi diritti domenicali, riservati dal concedente, tutti gli altri non pochi diritti di egual natura, dati in godimento all'enfiteuta,

Ma, oltre a ciò, con moltissime altre disposizioni di legge il legislatore italiano ha lasciato intendere che per esso entrambi i diritti, quello del concedente e quello dell'enfiteuta, sono stati considerati come diritti reali immobiliari, capaci d'essere, distintamente alienati, sottoposti ad ipoteca, soggetti alla espropriazione. (Art. 415 1567 1967 n. 3 cod. civ.; 663 ult. capov. cod. proc. civ.).

A conferma di tale opinione moltissimi altri argomenti si potrebbero desumere da altre disposizioni di legge, ma il fin qui rilevato è bastevole a poter far respingere l'opinione sostenuta dall'appellante, ed il gravame dello stesso che su di essa è del tutto adagiato.

Che riuscendo soccumbente l'appellante deve sopportare l'onere delle spese del presente giudizio.

. . . .

Corte d'Appello di Napoli (Sez. 1ª) — *29 marzo 1897*

Nunziante *P. P.* — Conti *Est.*

Delle Donne c. Negroni

Commerciante — Operaio — Loro differenza (art. 8 cod. comm.).

La qualità di operaio non è incompatibile con quella di commerciante.

L'operaio riceve un'ordinazione da persona, a cui lega l'opera sua, e acquista una singola merce che deve servire alla sua lavorazione. Il commerciante, in vece, acquista la merce per trasformarla e renderla trasformata dalla sua lavorazione.

Attesochè la Fonderia di caratteri sotto la Ditta Ferdinando Negroni di Bologna somministrò ad Angelo-Antonio Delle Donne dei caratteri ed altra merce, e questi rilasciò delle cambiali, le quali non furono soddisfatte. Il Negroni al seguito di analogo protesto adì il Tribunale di Napoli, che con sentenza del 23 dicembre 1896 dichiarò il fallimento del Delle Donne. Avverso questa sentenza il Delle Donne ha prodotto appello, col quale deduce, che egli non sia commerciante, ma un semplice operaio tipografo, perchè i caratteri furono commessi per uso della Tipografia che stampava il Tartasio, giornale che si pubblicava a cura della defunta sua consorte signora Bosone, e del quale uscirono solo pochi numeri.

Attesochè in grado di appello ha spiegato intervento Carlo Pai-

sio altro creditore del Delle Donne, il quale creditore somministrò al Delle Donne una macchina per tagliare biglietti da visita, e ne ebbe un'accettazione che non fu soddisfatta. Avendo il Paisio dritto ad opporsi di terzo alla sentenza, il suo intervento è ammisibile, art. 491 C. P. C.

Attesochè l'operaio può essere anche commerciante, non essendovi alcuna incompatibilità tra le due professioni. Quando l'operaio riceve un'ordinazione da persona a cui lega l'opera sua, ed acquista una singola merce che deve servire alla sua lavorazione, non fa atto di commercio, ma esercita il suo mestiere il quale non potrebbe essere posto in movimento senza l'uso della merce. Ma quando invece l'operaio acquista la merce per trasformarla e venderla trasformata dalla sua lavorazione, allora l'acquisto della merce ha per oggetto una speculazione, e costituisce atto di commercio, e l'operaio diviene commerciante.

Attesochè nella specie il Delle Donne si fa a sostenere che la merce che ebbe a commettere tanto alla Ditta Negroni, quanto al Paisio, servì non per lui ma per l'opera letteraria che si stampava a cura, e nell'interesse della sua defunta consorte signora Bosone. Però siffatte assertive si trovano in contraddizione dei documenti, perchè dalle esibite lettere apparisce che le commissioni furono date da lui, e prima e dopo la morte della moglie, e furono relative non solo ad oggetti inservienti alla stampa del giornale, ma anche pel suo commercio, come la macchina per tagliare biglietti da visita, ed inchiostro di varii colori. Delle cambiali protestate poi alcune furono soltanto da lui accettate, ed altre da lui e dalla moglie. Può dirsi che egli e la sua consorte formassero una società per la stampa del giornale, società nella quale la moglie concorrea con la sua opera intellettiva, ed egli con l'opera naturale di tipografo, ma questo concetto non esclude quello di essere egli commerciante.

Attesochè se il Delle Donne è un commerciante, se cessò di fare i pagamenti, come è dimostrato dagli esibiti protesti cambiarii, non può dubitarsi che bene i primi giudici, ne dichiararono il fallimentó e l'impugnata sentenza è incensurabile.

Attesochè la soccumbenza è norma per la condanna alle spese, e l'appellante è succumbente art. 320 C. P. C.

. . . .

Corte d'Appello di Napoli (4.ª Sezione) — *7 aprile 1897*

Comune di Conza c.° di Maio

Capaldo *V. P.* — Ceravolo *Est.*

Prescrizione—Debito—Ricognizione—Scritto (art. 2138-2140 C. C.)

Avvenendo la ricognizione per iscritto nei casi preveduti dagli art. 2138, 2139 2140 Cod. Civ. la sola prescrizione possibile è quella dei trent nnio.

L'avv. Ruggiero De Ruggiero difendeva il comune di Castelnuovo di Conza in un giudizio che questo aveva introdotto contro i

sigg. Cassitti fin dal 1818, per la revindicazione della tenuta denominata Torretta in quel di Caposele, che asseriva usurpata in origine dal Barone di Castelnuovo, e pervenuta ad essi Cassitti per successione di Giovanni Capeti, a cui era stata venduta agli acquirenti da detto Barone.

E lo difendeva pure in altri due giudizii successorii, cioè l'uno per nullità di vendita del legname che detti Cassitti avevano fatta nel 1821 a certo Pasquale Scaffidi senza tener conto nemmeno delle moggia 31 1|2 di bosco che il Commissario ripartitore aveva al comune assegnati in compenso degli usi civici, e l' altro per domanda in separazione, avanzata nella spropriazione iniziata dai creditori dei predetti sigg. Cassitti.

Nel dì 21 maggio 1871 moriva il De Ruggero, e con testamento istituiva eredi universali i suoi nipoti Salvatore, Ruggiero e Felice De Ruggiero. Però incaricava della liquidazione de' compensi, *che non si trovassero aggiustati all' epoca della sua morte*, gli avvocati Francesco Palumbo, Donato Blasucci ed Alessio De Majo, ai quali pure ne attribuiva la metà dell' ammontare.

Dopo tale epoca, e per mandato ricevuto direttamente dal comune addì 25 giugno detto anno, l'avvocato De Majo, il quale vivente il de De Ruggero suo zio aveva prestato opera di procuratore, assumeva in Napoli la difesa del comune, e ne coadiuvava altresì la difesa presso il tribunale di Salerno affidata all'Avvocato Gennaro Ferrara. Di tal che, dopo di avere ottenuto la vittoria quasi completa del suo mandante ne' sopra cennati giudizii mercè sentenza di questa Corte di appello 11 maggio 1876, e successiva transazione 12 febbraio 1881, il De Majo conseguiva parere del Consiglio dell' ordine in data 24 luglio 1882, per un compenso di lire 22,700.

S' ignora l' esito delle opposizioni del comune alla liquidazione predetta, non essendosene esibiti gli atti; ma è certo che indi esso De Majo, insieme agli altri due avvocati Palumbo e Blasucci, istituirono istanza per la tassazione del compenso dovuto alla eredità del defunto De Ruggiero, e nel giorno 14 settembre 1896 venne al comune ripetuto notificato il provvedimento del Primo Presidente di questa Corte che lo stabilì, uniformente al parere del Consiglio dell'ordine, in lire 2380, oltre lire 91.70 spese all' uopo occorse.

D' onde l' attuale giudizio, per le opposizioni addì 28 detto settembre prodotte dal comune, e rinviate alla Corte, non essendosi le parti accordate nella udienza degl' incidenti.

Considerando che i motivi di opposizione del comune si riducono a tre.

Prescrizione triennale, e trentennaria.

Eccesso sulla tassazione.

Pagamento, mercè L. 1417.50 inviate al De Ruggero quando viveva.

Cotesti motivi è necessità discutere partitamente.

Considerando che, alla eccepita prescrizione, si oppone il riconoscimento del debito, risultante dalla nota in data 27 marzo 1872, N.

135, scritta dal Sindaco del comune di Castelnuovo di Conza all'avvocato Alessio De Majo, in risposta alla richiesta di pagamento.

In detta nota si leggono i seguenti precisi termini:

. . . . « Quest' amministrazione comunale, come la S. V. Illma « conosce non ha mancato volta per volta di dare delle somme in « conto al defunto Cav. De Ruggiero, delle quali somme sul mo- « mento non sono al caso di spedirle una nota, trovandosi in pre- « fettura i conti dove sono alligati i mandati di pagamento. Non « mancherò per altro di *mandare* la detta nota a tempo debito. In- « tanto prego la S. V. Illma a volere *bonariamente* liquidare tutto « ciò che questo comune *deve* per le fatiche, a suo vantaggio soste- « nute dal defunto Cav. De Ruggero, poichè liquidati tutti i com- « pensi e le spese, si farà la nota delle somme pagate, e si vedrà « se il comune deve pagare, nel *qual caso pagherò*, o se mai ve- « nisse a risultare lui il creditore ».

Or cotesta dizione non lascia luogo a dubitare del riconoscimento avvenuto, e quindi della interruzione preveduta dal capoverso dell' art. 2141 C. C.

Considerando che la persistenza del comune nella eccezione che si discute, non ostante si abbia avuto conoscenza della suddetta nota, e comprenda mancare il trentennio dopo della stessa, fa intendere che egli considera come verificata la prescrizione col decorrimento di tre anni dopo quel ricoscimento.

Però l' elemento storico, ed il razionale, nonchè la giurisprudenza si oppongono a cotesta interpetazione dell' art. 2141, comunque la parola *interrotta*, ivi usata, avesse le parvenze di sorreggerla.

Infatti l'art. 2274 del Codice Francese, accettando per le brevi prescrizioni il 127 delle Costumanze di Parigi, usava invece del vocabolo *iaterruzione* le altre « cesse de courir » e *cessa di correre* venne tradotto, così nelle LL. CC. del 1819 in queste province meridionali, art. 2180, come nell'art. 2403 del Codice Albertino. Di tal che il vocabolo *interrotto*, è usato nel nostro codice, in detto art. 2141, nel significato di *cessato*, com' è pure nel linguaggio comune, ed esprime la idea identica a quelle delle antecedenti legislazioni, inteso nel senso giuridico. E che sia così basta riandare i lavori preparatorî del detto codice per convincersene; non riscontrandosi negli stessi alcun proposito di cambiare al riguardo quello che dalle precedenti legislazioni era stabilito.

Invece si trova la conferma di quanto si è già espresso nella innovazione apportata ampliando il modo con cui il riconoscimento potesse avvenire, su di che lasciavano qualche dubbio i suddetti precedenti codici.

Al proposito il Codice Francese, oltre la ricognizione per *conto appurato* e per citazione non perenta, ammetteva soltanto quella che risultava da « cedule ou obbligation » che la LL. CC. si tradusse in «polizza o chirografo». Ma il Codice Albertino cominciò ad ampliare il mezzo del riconoscimento, ponendo in luogo delle anzidette espressioni le altre più comprensive «polizza od altra scrittura» ed a que-

sto ampliamento si attenne il nostro legislatore, ed anzi lo protrasse davvantaggio, sopprimendo i vocaboli *polizza* e *conto approvato*, e sostituendoli con gli altri «riconoscimento per iscritto».

Laonde si dimostrò apertamente lo scopo di restringere l'applicazione della prescrizione di brevissimo tempo a que' casi che l'avevano originata; cioè alle facili e diuturne obbligazioni, che nascono e si estinguono, rapidamente, senza lasciare, di tali loro vicende, forti impressioni nella memoria degli uomini.

Si dimostrò pure, con tale innovazione, che la parola *interrotta* si debba intendere solamente come contrapposto alla *continuazione* mentovata nel primo periodo dell'anzidetto art. 2141 per negarle valore interruttivo, altrimenti sarebbe stata affatto inutile, comecchè l'art. 2129 aveva sufficientemente provveduto alla bisogna, ed al legislatore non si può giammai attribuire ripetizioni senza scopo, e molto meno significato di vocaboli contrario alle di lui intenzioni.

Or, a seguito cotesto ragionamento, si scorge lucidamente la conseguenza che, dopo avvenuto il riconoscimento per iscritto delle obbligazioni contemplate dagli art. 2138, 2139 e 2140, subentrare deve la regola generale della prescrizione estintiva, la quale ha forza espansiva in tutto ciò che espressamente non è contemplato nelle eccezioni.

D'altra parte l'enunciata conseguenza è confermata dall'elemento razionale che informa la prescrizione di brevissimo tempo; cioè la presunzione del pagamento. Questa presunzione è *juris tantum*, e venendo a cessare quando evvi ricognizione per iscritto, è illogico attribuire effetti ad una causa di già estinta.

La giurisprudenza, in fine, si è ne' termini sopra espressi pronunziata sin dal tempo in cui vigeva il Cod. Albertino, e sarebbe incoerente ora giudicare in modo diverso, dopo di avere il Codice nazionale provveduto, come si è dimostrato, ad una maggiore restrizione della prescrizione in discorso. Restrizione questa che la giurisprudenza dimostrò ben comprendere, giudicando costantemente contro l'anzidetta prescrizione quando l'ha trovata eccepita al seguito della negata esistenza del debito verso del quale è rivolta.

Considerando che, applicati gli esposti principî di diritto alla specie in disamina, si trova nel riconoscimento scritto della obbligazione del Comune di Castelnuovo di Conza, derivante dalla nota già trascritta, la prova più luminosa della mancanza di pagamento degli onorarî dovuti alla eredità del fu avv. Ruggiero De Ruggieri, pagamento che, con l'accennata nota, si prometteva di effettuire dopo la liquidazione, sulla quale adesso si contende.

(*Omissis*)

Per tali motivi ecc.

....

PARTE PRIMA — DOTTRINA

Sull'articolo 578 Cod. Civ.

« Quegli che vuole aprire sorgenti, stabilire capi od aste di fonte,
« canali ed acquedotti, oppure scavarne, profondarne ed allargarne
« il letto, aumentarne o diminuirne il pendio, o variarne la forma,
« deve oltre le distanze sovrastabilite, osservare quelle maggiori di-
« stanze ed eseguire quelle opere che siano necessarie per non nuo-
« cere gli altrui fondi, sorgenti, capi od aste di fonte, canali ed
« acquedotti preesistenti, destinati alla irrigazione dei beni od al giro
« di edifizii. »

« Sorgendo contestazioni fra i due proprietarii, l'autorità giudi-
« ziaria deve conciliare nel modo il più equo i riguardi dovuti ai
« diritti di proprietà, ai maggiori vantaggi che possono derivare al-
« l'agricoltura od all'industria dell'uso a cui l'acqua è destinata o
« vuolsi destinare assegnando, ove sia d'uopo, all'uno od all'altro dei
« proprietarii quelle indennità che loro possono essere dovute. »

Il riportato articolo compendia tre bellissime disposizioni.

La prima col permettere di aprire una sorgente ci ripete che le acque sorgenti appartengono *jure universitatis* a tutti, ma che la proprietà delle stesse a titolo di preferenza si acquista dal proprietario del fondo su cui sorgono, però dopo di averle occupate per servirsene, facendo salvi i diritti che altri proprietarii avessero acquistati o sulla sorgente, ovvero sul libero e naturale percorso delle acque.

La seconda disposizione concede una facoltà generica di aprire una sorgente dopo di averla rintracciata, scavando pure nel sottosuolo onde ritrovare l'acqua di cui possa lo esploratore servirsi per quegli usi che crede opportuni di fare.

La terza disposizione ritenendo la padronanza dell'acqua già acquistata, o pel dritto di preferenza se rintracciata nel proprio fondo, o per l'attuata facoltà di ritrovarla altrove, dà le norme onde raggiungere il fine cui è diretto l'uso delle acque medesime, trasportandole con acquedotti per fondi altrui.

Delle tre enunciate disposizioni abbiamo studiata la prima che riflette il dominio delle acque sorgenti; e ci riserbiamo di sviluppare la terza che riflette il mezzo onde convogliare le acque medesime per servirsene *Aquae ductus*; quantopiù che cotesta servitù che ha tutta la impronta di un diritto, è stata sapientemente trattata dalle leggi vigenti, e da molti autori diffusamente comentata.

Ora però studieremo la seconda, che riflette la facoltà accordata dalla legge a ricercare le acque sorgenti *Aquae haustus*. E ciò nel

fine di tracciare una via agli studiosi del dritto, onde dar vita a cotesta disposizione legislativa per quanto sublime, per altrettanto non curata.

Gli antichi Romani riconoscevano due diverse servitù, la *ductus aquae* che indica il dritto di condurre l'acqua propria pel fondo altrui, e la seconda che dinota il dritto di ricercare e di cavare l'acqua, o di attingerla dal fondo di altrui dominio, le riconoscevano però distinte pel proprio ufficio, quindi le consideravano separate nella ragione del loro essere e del rispettivo esercizio, come Ulpiano bellamente lo avvertì dicendo (L. 1° § 1° ff. de fonte) *Sicut discretae sunt servitutis ductus aquae; haustus aquae ita interdicta separatim redduntur*. Ed il Gotofredo alla parola *discretae* per maggior chiarezza soggiunge: *aquae ductus et aquae haustus servitutis discretae sunt hoc est inter se differentes separatorum separata debet esse ratio et actio.*

Difatti i Romani riconoscevano separate le esposte due servitù nella subordinazione della seconda alla prima. Di vero senza acquistare pria il dominio o il dritto di uso delle acque sorgenti, non potevasi acquistare il diritto di condurle per i fondi altrui. Donde il principio legale che occorra pria rendersi padrone delle acque, di cui uno voglia servirsi, per poi fare opere atte a convogliarle sui fondi altrui, e così costituire la servitù dell'*aquae ductus.*

La etimologia della parola *haustus* dinota cavamento, ma riferita all'acqua dinota pure estrazione. Quindi la correlativa servitù riconosciuta dagli antichi Romani sotto la espressione dell'*aquae haustus* aveva il duplice significato.

1.° Di estrarre dal suolo l'acqua sorgente dal cavo praticatovi.

2.° Di estrarre l'acqua già raccolta in una fonte o serbatoio di altrui spettanza.

La facoltà di cavare ed estrarre l'acqua da un qualsiasi suolo importava per conseguenza logica che il suolo cavato era considerato dalla legge quale fondo di aliena spettanza: nel contrario caso il legislatore non avrebbe definita per servitù l'effetto che sarebbe derivato dalla possibile attuazione della facoltà insita al dritto di proprietà di estrarre l'acqua da un fondo proprio.

3.° Il secondo significato dato alla legge *aquae haustus*, cioè di aver parte dell'acqua raccolta nella fonte o nel pozzo altrui, costituiva una vera servitù, giusta il Romagnosi (1). *Est autem ius hauriendi aquam e puteo aut fonte vicini,* riferivasi esclusivamente ad un dritto di servitù che nulla ha di comune con quella facoltà la di cui attuazione genera un dritto di dominio.

Da ciò la differenza tra i due significati, l'uno che autorizza servirsi dello scavo come mezzo per acquistare un dritto di dominio sulle acque sorgenti, l'altro che regola un dritto acquisito *iure ser-*

(1) Acque le quali estratte venivano trasportate per mezzi mobili, secchie od aspiranti. Romagnosi. Condotte delle acque § 37, 38.

vitutis, di servirsi dell'acqua altrui già raccolta ne' serbatoi di privato dominio.

Ciò spiega perchè i comentatori delle leggi nelle pratiche e reiterate applicazioni delle leggi Romane, attese le condizioni sociali di allora, si attennero alla seconda interpetrazione, come la più facile ad avverarsi non curando la prima la cui attuazione ritenevasi come fatto raro e di poca importanza.

Oggi però che le leggi italiane con l'art. 578 hanno fatto rivivere il dritto dell'*aquae haustus*, dritto che lo sviluppo sociale attendeva con ansia per raccorre e porre a profitto grossi volumi di acqua che tuttora si perdono (1), noi di buon grado ci fermiamo di proposito su questa importantissima disposizione della legge sicuri di dare una sensibile spinta e di preparare un vasto campo agli studiosi del dritto per viemeglio sviluppare sì importante argomento, il quale qualora fosse ben vagliato, e teoricamente esposto riuscirebbe di grande utilità alle industrie ed al commercio.

Comparazione delle leggi

Occorre in prima a meglio chiarire la dizione delle leggi comparare le due riportate disposizioni, art. 540 e 578 onde rilevare che l'art. 578 si riferisce appunto alle acque che ricercate sorgono, e queste diversificano dalle altre (art. 540) che naturalmente sorgono su di un fondo di privato dominio; e dalla fatta comparazione dedurre che per le ricercate non è dalla legge designato nè il sito della ricerca, nè la qualità della persona che possa ricercarla, mentre che per le seconde viene designato il fondo proprio.

Or se fosse dubbia l'appartenenza delle acque sorgenti ovvero che il proprietario del fondo su cui l' acqua sorge ne avesse il dominio esclusivo per dritto di natura, allora sì, che la disposizione dell'art. 578 dovrebbe riferirsi alla ricerca dell'acqua a farsi tassativamente sul fondo proprio senza punto turbare nè menomare il dritto di proprietà degli altri, ed in cotesto caso qualora le acque sorgenti, dopo la fatta ricerca, venissero abbandonate dal proprietario del fondo su cui esse rinvenute sorgono, rimarrebbero sperdute senza lasciare veruna traccia di dritto per altri.

Ma poichè l'acqua che sorge con l'attributo della *res universitatis* si appartiene a tutti, ed il proprietario del fondo su cui sorge ha il dritto di preferenza nella appropriazione dell'uso, dritto che gli viene accordato dalla legge (art. 540) a causa della ubicazione della sorgente istessa, o mercè la ricerca con l'art. 578, risulta chiaro, ed è una conseguenza legittima che il dritto di preferenza *individualizza* la proprietà dell'uso delle acque facendo sì che dalla universalità passi nel dominio di un solo.

(1) Memoria sull'oggetto, presentata dall'illustre membro della Camera de'Pari di Napoli cav. Lorenzo Boccapianola nel dì 8 agosto 1848.

Così individualizzato il dominio delle acque il dritto degli altri su la medesima acqua sorgente rimane attutito ma non distrutto. Quindi ben dice il Romagnosi, che contemperando il dritto con l'obbligo, la padronanza non è tolta, ed il dominio naturale non è immutato, ma solamente atteggiato. (1)

Arrogi poi che lo stesso dritto di preferenza accordato per la sola ubicazione dell'acqua classifica implicitamente i diritti successivi degli altri individui, i di cui fondi seguono la sorgente medesima.

Da ciò emerge che se il proprietario preferito dalla legge con l'art. 540 ad appropriarsi l'acqua perchè sorge sul fondo proprio l'abbandoni e non se ne serva, pria però che la proprietà della stessa siasi individualizzata nella persona sua, e cotesto abbandono deriva o da ragioni altimetriche dello stesso fondo o da decisa volontà di abbandonarla, lo art. 578 costituisce in questo caso un precetto di legge che fa rivivere i dritti successivi dei proprietari inferiori fino a che uno di essi rintracciata l'acqua abbandonata se ne impadronisca e la faccia propria.

Di vero se l'art. 578 faculta un qualsiasi individuo di ricercare una ignota sorgente di acqua e di appropriarsela, e nel contempo faculta lo stesso ricercatore di stabilire capi ed aste di fonte di costruire canali ed acquedotti per convogliarla e trasportarla fin dove l'acqua dovrà essere impiegata, implicitamente con maggior ragione e come conseguenza logica faculta il ricercatore istesso di far rivivere il suo dritto su di una sorgente abbandonata, dritto rimasto attutito ma non distrutto. In breve sembra indiscutibile che l'art. 578 contenga e disponga di due facoltà o concessioni:

1.° Di rintracciare e rinvenire l'acqua sorgente ovunque si trovi. 2.° Di far rivivere il primitivo diritto di origine su di quell'acqua che è stata dal preferito abbandonata.

Le quali due concessioni di rintracciare l'acqua sorgente, e di far rivivere il primitivo dritto di origine su di un'acqua abbandonata da colui che ne aveva il dritto di preferenza, qualora siano ben vagliate con la guida del Dritto civile, e del Dritto amministrativo sulla ragione delle acque, costituiscono appunto le due leggi degli antichi Romani *aquae haustus ed aquae ductus* cotanto necessarie all'attuale sviluppo sociale, e che hanno pure giustamente richiamata l'attenzione del legislatore a farle rivivere. Ma le esposte due facoltà sebbene non vadano mai scompagnate, purnondimeno l'attuazione dell'una e dell'altra va sottoposta a degli obblighi dalla stessa legge enunciati, e che noi non possiamo sviluppare senza premettere lo esame dei principii regolatori sia sulla scelta del luogo ove voglia aprirsi una sorgente, sia delle opere a farsi per attuarla.

Di vero colui che intende di aprire la sorgente di un acqua ignota, ovvero di eseguire un'asta di fonte, ovvero di attuare un suo dritto attutito dà chiaramente a divedere che egli non sia ancora possessore e padrone dell'acqua che dovrà sorgere, come non è pa-

(1) Ragione civile delle acque, parag. 321 e seg.

drone delle acque abbandonate, pria che faccia rivivere il suo dritto successivo per appropriarsele. Quindi non può stabilire capi od aste di fonte qualora l'acqua non esiste o che egli non abbia ancora il dritto di convogliarla.

Dalle quali premesse emerge che le opere occorrevoli a stabilire il capo di fonte o a raccogliere le acque abbandonate, bisogna che si eseguano nel fondo in cui esiste, o su cui sorge l'acqua scongiurando però ogni danno verso i vicini.

A tal fine la legge col 2.° comma del ripetuto art. 578 ha imposto il pagamento di una indennità. (1)

In simil modo sono a considerarsi le opere che riflettono direttamente la ricerca di una sorgente di acqua, opere le quali trovansi sottoposte a due diverse giurisdizioni, cioè alla giurisdizione civile qualora si eseguano in un fondo alieno; e sono soggette alla giurisdizione amministrativa regolatrice della *res universitatis* qualora la ricerca delle acque si spinga nel sottosuolo. In questo caso l'imperio della giurisdizione amministrativa dura fino a quando realizzato il possesso dell'acqua, ancora la sorgente divenuta di privato dominio si sottopone alle leggi civili.

Cotesta distinzione per se stessa indiscutibile e necessarissima mena alla conseguenza, che ad esclusione delle opere di arte che sono sottoposte alle regole delle distanze disposte dalle LL. CÇ. la semplice ricerca, e la apertura di una sorgente di acqua non implica e non disturba gli interessi dei vicini quando ciascuno rispettivamente potrebbe attuarla sul fondo proprio per la successiva preferenza dalla legge accordata. In tal modo si possono più facilmente conciliare i due grandi interessi sociali, cioè il rispetto al dritto di proprietà ed il favore all'agricoltura ed alla industria.

Taluna volta accade, che nello aprire una sorgente a monte il proprietario di altra sorgente aperta precedentemente a valle risenta danno, in cotesto caso è giusto che questi ne abbia un compenso proporzionale alle limitazioni di risulta, o alle perdite da lui tollerate. Dappoichè il proprietario superiore sapeva pur bene di non poter menomare un dritto già acquisito dal sottoposto per preferenza sulla *res universitatis* come sapeva pur bene che il danno sarebbe al certo derivato al sottostante quando interrotte e tagliate le vene fluide verrebbe interrotta qualsiasi derivazione al fondo sottoposto.

Se non che tra i proprietari dei fondi laterali riesce ben difficile lo avveramento di un simile danno, ed avveratosi lo è difficilissimo definirlo, perchè ignoto è il cammino delle vene fluide ed oscurissime sono le relazioni che non dando luogo ad un preventivo e probabile

(1) La indennità negli esposti casi va definita oggettivamente e riferita solamente alla perdita del suolo se materialmente viene occupato, tenendo pur conto della potenzialità che ne venisse in parte scemata delle parti vicine. Ciò importa che la indennità non debba riferirsi soggettivamente alla acqua, quando la stessa fosse stata già abbandonata dal proprietario a monte, ovvero quando rinvenuta dopo la ricerca si trovasse ancora annoverata tra *le res nullius.*

concetto scagionano da qualsiasi responsabilità l'autore e scovritore della nuova sorgente.

La legge mentre che concede le disopra enumerate facoltà per la ricerca delle acque, non prevede il caso che alcuno, avendo una sorgente di acqua nel proprio fondo, cercasse distruggerla con impedirne l'efflusso. In verità il Legislatore non poteva prevedere un atto vandalico di simil risma dopo che ha mostrate tutte le sue cure, tutta la sua sapienza nel regolare l'esercizio di cotesto elemento proficuo onde renderlo utile al possessore e vantaggioso alla società intiera.

E pure questi fatti si sono verificati ripetute volte senza che i periti, nel deplorarne i tristissimi effetti, si siano mai avveduti della causa che li aveva prodotti.

Noi difatti, molti anni or sono, dopo che il proprietario di un fondo a monte ebbe cicatrizzate due polle di acqua, vedemmo discendere per ben centocinquanta metri sul pendio della collina calcarea la falda arborata della larghezza di cento metri e più con tutti gli alberi e per soprassello con una conserva o cisterna ripiena d'acqua. Cotesto suolo arborato di un sufficiente spessore discese lentamente su del sottostante strato di argilla rammollito dalle acque, dopo che queste perduta la libertà dell'efflusso lo avevan prescelto per assorbirle. Il perito adibito, per la ricerca della causa di cotesto danno apportato ai fondi inferiori, e alla via pubblica normale che interamente distrusse, la definì *naturale* derivandola dalle piogge !!!

In cotesti casi non potendo dar luogo all'azione penale per insufficienza di pruova sulla incolpabilità morale dello attore, la pruova per testimoni, della esistenza anteriore delle sorgente di acqua nel fondo a monte, sarebbe un indizio valevole a definire la colpabilità giuridica di colui, che volendo impedire il libero efflusso alle acque avesse dato luogo ai danni verso i suoi vicini.

Ricerca delle acque con pozzi Artesiani.

I principii innanzi esposti regolano del pari la ricerca di pozzi artesiani, i di cui trafori per lo più scendono ad una profondità maggiore di quella che competa alla proprietà giuridica i di cui limiti eccedono quelli del fondo (1). Ora cotesti trafori incontrando oltre i limiti del correlativo fondo la maggiore profondità del sottosuolo, che è un bene della Regalia, incontrano in questo l'acqua il di cui uso è di tutti, *jure universitatis;* quindi per i pozzi artesiani il primo traforo verticale si esegue *jure dominii,* ed il completamento di esso fino a raggiungere l'acqua, si esercita *jure universitatis* onde far propria quell'acqua su cui il proprietario del fondo vi ha un semplice dritto di origine.

Che se finora l'Amministrazione dello Stato non ha presa veruna ingerenza nella esecuzione de' pozzi artesiani non è perchè fosse sfor-

(1) Vedi Prolegomeni alla Scienza del Fondo — Pasquale Balzamo—1895.

nita del dritto di vigilanza, ma effettivamente non la esercita per due ragioni.

La prima perchè il semplice traforo del sottosuolo non lede sostanzialmente il diritto *universitatis* per la scarsezza del volume che la trivella estrae verticalmente dai varii strati che incontra, ed ancora perchè cotesto volume divenuto mobile, con tale qualità si spetta allo esecutore o ricercatore della sorgente.

La seconda ragione vien definita dallo stesso dritto di preferenza che assiste il proprietario del fondo di privato dominio di esercitare pel primo la esplottazione di ciò che esiste nel correlativo sottosuolo, sempre però seguendo i regolamenti all' uopo esistenti e con il dovuto assentimento dell'Amministrazione dello Stato. L'apertura quindi di un pozzo artesiano sarebbe soggetta ai regolamenti per le miniere, se nella sua confezione vi occorressero cavi od opere di arte da compromettere la vita degli operai, ovvero che l' acqua di risulta fosse talmente abbondante e proficua a colui che la ricerca da fargliene ritrarre un vantaggio esclusivo dalla stessa che per dritto di natura è nel dritto di tutti!

Ing. Pasquale Balsamo

PARTE SECONDA — GIURISPRUDENZA

CORTE DI CASSAZIONE DI NAPOLI — *18 maggio 1897*

CIAMPA *P. P.* — TORALDO *Est.*

Orso (avv. Folliero) c. del Pezzo (avv. Iannuzzi)

Enfiteusi — Vincolo dotale — Inalienabilità — Espropriazione — Ammissibilità.

Il direttario per ottenere il pagamento dei canoni scaduti dopo che il fondo enfiteutico venne costituito in dote, può procedere, contro la dotata, all'espropriazione del fondo.

Con sentenza del Pretore del Mandamento di Vicaria, confermata in appello dal Tribunale i coniugi Francesco Guerriero e Maria Orso furono condannati in favore di Maria Ciccarelli e di Maria del Pezzo al pagamento di quattro annualità di canone, in lire 170,84 da essi coniugi dovute sul caseggiato vico Taverna Penta n. 7, composto di vari piani con bassi ai vicoli Concordia e Cariati, stato costituito in dote alla Maria Orso da suo padre Carlo, utilista del caseggiamento medesimo con istrumento 4 aprile 1885.

In virtù della ricordata sentenza e di decreto omologante la nota specifica delle spese le signore Ciccarelli e del Pezzo fecero

precetto ai coniugi con minaccia di espropriare l'utile dominio e quindi surrogatesi a Roberto Buonavolontà, creditore che prima di loro aveva contro i coniugi trascritto altro precetto, chiesero l'autorizzazione a vendere il cennato utile dominio.

Di rimando i coniugi eccepirono di nullità il procedimento, deducendo, che, essendo stato alla Maria costituito in dote l'utile dominio in parola, le istanti, direttarie del fondo enfiteutico, potevano bensì *ob canones non solutos* chiederne la devoluzione, ma non promuoverne la espropriazione per essere come dote divenuta inalienabile.

Con sentenza degli 8 maggio 1895 il tribunale accolse cotesta difesa e dichiarò inammessibile la domanda di vendita. Le istanti produssero appello e la Corte facendovi dritto, rivocò la sentenza appellata, respinse l'eccezione d'inammessibilità, fece dritto alla domanda ed ordinò la vendita.

Avverso cotesta pronunziazione i coniugi avanzarono ricorso affidandolo a quattro mezzi, i quali rendono necessario lo esame delle seguenti quistioni.

1.° Costituito in dote dall'utilista alla propria figlia lo immobile enfiteutico, il direttario per ottenere il pagamento dei canoni scaduti dopo la costituzione dotale, può procedere contro la dotata alla espropriazione dell'utile dominio?

2.° Nell'affermativa che del ricorso, del deposito e delle spese?

Che i ricorrenti per sostenere il loro assunto e per dimostrare fondata la censura da loro mossa alla sentenza della Corte di Appello, osservarono che il principio, *res transit cum onere suo*, principio sul quale la denunciata sentenza si fondò per respingere la eccezione d'inammessibilità, stata da loro proposta avverso la domanda di vendita dell'utile dominio costituito in dote, non era applicabile nella fattispecie e non lo era perchè *l'onere enfiteutico non costituisce una di quelle afficienze ipotecarie, una di quelle obbligazioni, le quali, preesistendo al vincolo dotale, rendono inapplicabile il principio della inalienabilità della dote.*

Ma cotesta censura non regge.

A chi ben considera le conseguenze giuridiche che derivano dal contratto di enfiteusi non può sfuggire come col medesimo viene a costituirsi in ordine al godimento del fondo un vero e proprio dritto di *condominio* tra il direttario, il quale, concedendo il fondo in parola, conserva per se una parte dei frutti rappresentata dal *canone,* e l'utilista, il cui godimento viene limitato da quella riserva, e non può estendersi oltre i limiti della fattagli concessione. Inteso in tal modo cotesto istituto giuridico, lo si spoglia della veste della quale vollero rivestirlo le vecchie teorie, che mentre miravano giustificarne la esistenza e ne chiedevano la conservazione nei novelli codici, non si accorgevano delle conseguenze contrarie, cui le teorie medesime, a ritroso della progrediente civiltà, dovevano condurre e lo si basa sul principio incrollabile del dritto di proprietà, pel quale il proprietario può godere e disporre delle cose sue nella maniera

più assoluta, purchè non ne faccia un uso contrario alla legge ed ai regolamenti.

Or se cotesto è vero, se all' utilista viene concesso il dritto di godere del fondo enfiteutico e di farne suoi i frutti, meno di quella parte che il direttario si è riservato, e cioè meno del *canone*, se a nessuno è concesso di disporre delle cose non sue, è chiaro a fior di evidenza che l' enfiteuta, costituendo in dote alla figlia il fondo enfiteutico, lo può fare pel suo diritto e non pure per quello del direttario e che quindi il principio della inalienabilità della dote non si può estendere al diritto del dominio diretto. Non trattasi è vero di una *afficienza ipotecaria*, nè *di una obbligazione*, che *preesistendo* al *vincolo dotale* rende inapplicabile il principio della inalienabilità della dote, trattasi invece di cosa molto più grave, in quanto che la inalienabilità in parola non può applicarsi al diritto del dominio diretto, il quale non fu nè il poteva essere dall'utilista costituito in dote. Il direttario pertanto onde ottenere il pagamento dei canoni scaduti dopo la costituzione in dote del fondo enfiteutico può bene chiedere la vendita del fondo medesimo, senza offendere i principii regolatori della dote e massime quello della sua inalienabilità, il quale non ricorre ove la cosa che si vuole vendere non sia stata costituita in dote.

Che per tanto il ricorso va rigettato con la condanna dei ricorrenti alle spese ed alla perdita del deposito.

Per questi motivi ecc.

Corte di Cassazione di Napoli — *15 maggio 1897*

Ciampa *P. P.* — De Miro *Est.*

Sub-Economo di Cassino c° Mannarelli

Coazione — Amministrativa — Titolo del 30 gennaio 1817.

Qualunque titolo e non già i soli ruoli o quadri esecutiv possono essere di base legale alle coazioni amministrative contro i debitori di Enti Morali.

La Corte di Cassazione osserva in fatto che il R. Subeconomo dei beneficii vacanti della Diocesi di Montecassino intimava in luglio 1894 mandato di coazione, reso esecutivo dal Pretore di Cassino, ad Emmanuele Mannarelli e Teresina Taglienti pel pagamento, tra giorni cinque, della somma di L. 59,49 dovute per canone del 1893 in ettolitri 2,14 di mosto sul fondo Piscatti, a favore della vacante arcipretura di S. Maria in Corso al Volturno ed in ettolitri 1,03 di ulive, giusta istrumento del 28 febbraio 1878 per notar Martino, con minaccia di esecuzione in caso d'inadempimento.

Il Mannarelli si opponeva con atto del 9 di quello stesso mese, adducendo di non aver mai contrattato con i rappresentanti dell'Arcipretura anzidetta, nè di essere stato mai nel possesso del fondo, e

di doversi inoltre ritenere nulla la esecuzione per difetto di notifica del rogito 28 febbraio 1878.

Onde traeva il Subeconomo dinanzi al Pretore di Castellone per sentirsi dichiarare la nullità del procedimento ed il niun obbligo in esso opponente di pagare il preteso canone.

Ed il Pretore, con sentenza di settembre 1894, dichiarava nulla ed inefficace la coazione.

Di tale sentenza appellava il Subeconomo, ed il Tribunale di Isernia con la denunziata sentenza rigettava il detto gravame.

Contro questa sentenza ha prodotto ricorso per Cassazione il predetto Subeconomo per due motivi, con i quali si fa a censurare la denunziata sentenza per aver ritenuto che, a norma del decreto per la riscossione delle rendite dello Stato del 30 gennaio 1817, esteso poi agli altri enti morali con posteriori disposizioni, l'uso della coazione fosse permesso sol quando si agiss in forza di ruolo, mentre, agendosi in base di tutt'altro titolo esecutivo rogato da notaio, non potesse l' amministrazione dipartirsi dalle regole stabilite dal Cod. proc. civ. occorrendo la precedente notificazione del titolo in base del quale intendeva procedersi, secondo ch'è disposto negli art. 554, 555, 556 e 562 citato codice.

Attesochè il ricorso del Subeconomo, essendo fondato in legge, deve perciò essere accolto. E, per fermo, il giudizio reso dal Tribunale è contraddetto dalla lettera e dallo spirito delle disposizioni speciali regolatrici della materia che si disputa. Avvegnacchè, col decreto del 30 gennaio 1817, il legislatore del tempo si propose lo scopo di riordinare l' amministrazione delle rendite dello Stato per le non lodevoli condizioni nelle quali si trovavano per difetto di una legge speciale che tale amministrazione disciplinasse.

E col capitolo primo del titolo terzo di cotesto decreto fu provveduto al modo di rendere esecutivi i titoli delle rendite costituite e dei crediti provenienti dagli affitti e da altre aggiudicazioni, e col capitolo 2° fu stabilito la procedura esecutiva per la coazione, il luogo del pegnoramento e la forma della quietanza. E con l'art. 67 ch' è proprio il primo di codesto 2° capitolo è detto così: « Il primo atto di procedura per lo ricupero di estagli, pigioni, prezzo di oggetti aggiudicati, come all'articolo precedente, canoni, prestazioni, annualità, ed in generale di ogni rendita costituita o esigibile, sarà un mandato di coazione rilasciato dal Ricevitore, ai debitori morosi, portante la vidimazione del giudice di pace del luogo di residenza del Ricevitore stesso. In esso sarà motivato l'oggetto della dimanda, la data e la natura del titolo sul quale è fondata la coazione, e sarà parimente fissata la dilazione al pagamento ». Or, se nel precitato articolo venne usata la parola titolo senza alcuna limitazione, deve intendersi la parola medesima in senso lato, di qualsiasi titolo cioè capace a dar luogo ad esecuzione, e non già del solo ruolo esecutivo, il che sarebbesi detto dal legislatore. E nella sua mente poi lo stesso legislatore non poteva intendere e non intese mica d'istituire la coazione come pedissequa e subordinata all' istituto dei ruoli o

quadri esecutivi, bastando per tutto notare, che tornando applicabile il sistema della coazione anche pel ricupero di estagli, pigioni ed altri crediti eventuali e temporanei, che non potevano certamente trovarsi sorretti da ruolo esecutivo, ciò rende chiaro, potersi la coazione spiccare così per i crediti provenienti da ruolo che per crediti nascenti da altri titoli.

La quale cosa porta alla legale conclusione, che il privilegio della coazione per enti morali in favore dei quali è stabilita, sta per la natura del credito, cioè per gli estagli, canoni ed ogni altra rendita costituita od esigibile e non mica per la natura del titolo. E se per posteriori disposizioni legislative fu esteso alle Amministrazioni Diocesane, alle quali è succeduto l' Economato Generale dei beneficii vacanti, il privilegio competente allo Stato per l'esazione delle proprie rendite, cioè la coazione, di cui nel cennato decreto di gennaio 1817, per tale coazione non occorre la precedente notificazione del titolo, in forza del quale si agisce esecutivamente, bastando la sola indicazione dello stesso siccome è stabilito nel riferito articolo 67 del suindicato decreto e fu fatto nella specie. Ond'è che quando il Tribunale giudicava in contrario senso, con la denunziata sentenza ritenendo applicabili per la causa presente gli articoli 554, 555, 556 e 562 Cod. p. c. la procedura ordinaria cioè, violava il citato articolo 67 del decreto di gennaio 1817 e la denunziata sentenza perciò vuol'essere cassata.

Attesochè, andando cassata la sentenza, il deposito deve restituirsi ed i provvedimenti sulle spese possono comprendersi nel rinvio, come conseguenza del merito. Art. 542 Cod. p. c.

Per questi motivi ecc.

CORTE DI APPELLO DI NAPOLI (Sez. 4.ª) — *2 aprile 1897*

LESTINGI *Pres.* — NATALE *Est.*

Henrico c. Banca d' Italia

Vendita — Immobile — Domanda risolutiva — Trascrizione — Ipoteche anteriori — Precetto — Trascrizione — Preferenza (art. 1511 e 1933 cod. civ.).

Anche le ipoteche, accese dai creditori del compratore anteriormente all'istanza di risoluzione della vendita per mancato pagamento del prezzo, costituiscono un diritto quesito che non può venir leso dalle conseguenze della risoluzione, ancorchè l'istanza relativa fosse trascritta anteriormente al precetto di subastazione.

La Banca d' Italia, succursale di Potenza, creditrice cambiaria degli eredi del signor Giuseppe Madia per lire 28050, ottenne le relative condanne agli 8-10 febbraio 1892, ne prese iscrizione sopra alcuni casamenti in Napoli, e quindi agì per espropriazione forzata con un primo precetto dei 12 ottobre 1893, trascritto a 18 detto,

e con un secondo precetto degli 11 giugno 1894, trascritto a 16 detto.

In questo secondo precetto comprese anche un appartamento al terzo piano, in Via Fiorentini num. 73, già ipotecato a 25 giugno 1890 in pro di Luisa Cuomo, e poscia venduto al suddetto signor Madia per lire 16414 e cent. 15, con istrumento e scrittura privata del 2 agosto 1890, dal Barone Domenico Henrico, che si ricevette lire 2400 nell'atto della stipula ed a 30 detto vi prese iscrizioni per lire 2709 e cent. 80 delegate a due suoi creditori, e per lire 5mila rimaste presso il compratore a titolo di mutuo per cinque anni con l'interesse del 6 0[0.

Sullo stesso appartamento vennero poi prese altre due iscrizioni, una da Concetta Baccigalupi ai 7 gennaio 1892, l'altra da Rocco Monteleone ai 7 giugno 1892.

Gli eredi del venditore Henrico, con citazione dei 13 aprile 1894, trascritta lo stesso giorno, domandarono contro gli eredi Madia la risoluzione del contratto di compravendita, per inadempimento degli obblighi assunti, e subordinatamente chiesero il pagamento del residuale prezzo in lire 9014 e cent. 15.

In pendenza dei provvedimenti diffinitivi su tale domanda, rinviati con sentenza dei 18-20 gennaio 1897 all'esito della pruova testimoniale, disposta congiuntamente alla già eseguita perizia calligrafica sulla verità della scrittura privata dei 2 agosto 1890, gli eredi Henrico ai 5 novembre 1896 proposero istanza di separazione dell'immobile, e di sospensione della vendita, aggiornata pel 18 novembre 1896.

Il Tribunale Civile di Napoli, con sentenza dei 18 novembre 1896, ritenne trattarsi di un diritto di credito, che non poteva impedire la invocata espropriazione, e rigettò la domanda dei 5 novembre 1896.

Da tale sentenza interposero appello gli eredi Henrico con atto dei 5 gennaio 1897; e le parti comparse conchiusero nel modo di sopra trascritto.

Attesochè non accade soffermarsi sulla inammissibilità dell'appello, vagamente dedotta in rito, essendo esso proposto nei modi e termini voluti dalla legge.

Attesochè, in merito, gli eredi del venditore Barone Domenico Henrico sostengono di aver dritto a chiedere la separazione dell'appartamento al terzo piano in Via Fiorentini 73, per non essere stati pagati di gran parte del prezzo convenuto, e di aver dritto ad ottenere la sospensione degl'incanti, non ostante la iscrizione d'ipoteche anteriori alla loro domanda di risoluzione, trascritta prima del precetto col quale quell'appartamento fu subastato.

Ma il loro assunto non può incontrare il plauso della Corte, come non incontrò quello dei primi giudici.

Qualunque esito sia per sortire la domanda di risoluzione, che è ancora in istato di azione, essa non potrà mai cancellare il principio scolpito nell'art. 1511 cod. civ., che l'esercizio di essa non

pregiudica ai terzi, i quali hanno acquistato dritti sopra gl' immobili anteriormente alla trascrizione della detta domanda.

Si è disputato se tra i dritti anteriormente acquistati sopra gli immobili cadano, o van compresi, anche i dritti del locatario, ma non si è mai seriamente messo in dubbio che, fra quei dritti, vadano principalmente comprese le ipoteche: tanto più che, nel sistema vigente, anche all'alienante insoddisfatto compete di regola la sola ipoteca legale, tranne il caso della pubblicazione di speciali patti commissorî, alla cui esistenza non si accenna nemmeno (articoli 1942, 1964, 1969, num. 1° cod. civ.).

Stante, adunque, oltre altra limitata ipoteca del venditore, anche la iscrizione di una ipoteca anteriore alla vendita, e di due altre ipoteche posteriori alla medesima, tutte e tre precedenti alla trascrizione della domanda di risoluzione, la creditrice istante Banca d'Italia non poteva fare a meno di comprendere nel suo precetto, comechè pubblicato dopo la trascrizione della detta domanda, anche l'appartamento in disputa, salvo agl' interessati di far valere le rispettive garentie dei crediti nel giudizio di graduazione.

Attesochè dovendo per le accennate ragioni confermarsi la impugnata sentenza, le spese del presente giudizio vanno a carico degli appellanti, che succombono (art. 370 cod. proc. civ.).

Per questi motivi ecc.

CORTE D'APPELLO DI NAPOLI (2.ª Sez.) — *23 aprile 1897*

SPERANDII *V. P.* — BRUNI *Est.*

Lamberti c.° Parascandalo

Donna maritata—Autorizzazione maritale—Contraddizioni d'interessi—Ricorso—Sottoscrizione—Marito—Nullità (art. 184, 136, 1309 Cod. Civ.; 778, 800, 801 C. P. C.).

a) *Quando il vizio del contratto dipende dallo stato d'incapacità della persona obbligata non v'è valida ratifica o esecuzione volontaria.*

b) *Nel caso di conflitto d'interessi tra i coniugi non basta alla validità dell' obbligazione che l' autorizzazione siasi domandata al Tribunale mercê ricorso sottoscritto da entrambi e che il Tribunale vi abbia provveduto con decreto in Camera di Consiglio; ma occorre la citazione al marito, l'intervento del P. M. e la formale entenza.* (1)

In dritto — Osserva che si ripresenta in questa causa la quistione, che agita la giureprudenza, intorno al rito dalla legge imposto al tribunale, allorquando è chiamato a dare alla donna maritata la sua autorizzazione a compiere un atto nel quale siavi opposizione tra gli interessi di lei e quelli del marito. Nè può dubitarsi che que-

(1) Contra: Cass. Napoli, 31 dicembre 1896; App. Napoli, 30 dicembre 1896 nel *Movimento Giuridico* di questo anno pag. 27 e 64 con nota di richiami.

sto sia il caso dell'appellante Lamberti, tostocchè si legge nel ricorso da lei e dal marito sottoscritto, che questi avea dovuto contrarre debiti ipotecarii e cambiarii, e nell'istrumento di mutuo da quella contratto venne solennemente dichiarato che la stessa *contraeva il mutuo* obbligando i suoi beni dotali, *per soddisfare i debiti del marito e nello esclusivo interesse di costui*; per lo che della somma presa a mutuo parte si fece rimanere presso il notaio stipulatore per pagarsi al creditore ipotecario Parascandolo, e parte fu dato ai mutuatari, onde far fronte alle spose del contratto e dipendenze e *per servire ad altre faccende dello stesso marito*, cioè principalmente perchè costui potesse estinguere altri suoi debiti cambiari.

Nè tale quistione può essere schivata nel riflesso che la Lamberti è decaduta dal dritto di proporre la nullità della sua obbligazione, stante l'osecuzione volontaria data alla stessa col mettere in atto le cautele concessele, o perchè abbia tratto profitto dalla obbligazione medesima.

Non pel primo motivo, perchè il vizio di nullità della contratta obbligazione dipendente dallo stato d'incapacità della persona obbligata, non può non affettare, in permanenza del medesimo stato, qualsivoglia atto di ratifica o di esecuzione volontaria, che da quella sia stato praticato; il che è evidentemente logico ed è scolpito nell'articolo 1309 cod. civ.; non pel secondo motivo, poichè, come si vedrà in seguito, almeno allo stato presente delle cose, l'utile versione non può essere alla Lamberti attribuito, che solo per una parte della contratta obbligazione.

Che alla Corte non pare di potersi seguire la opinione, secondo la quale, nel caso di che trattasi, l'autorizzazione giudiziale è legalmente impartita alla donna maritata con semplice decreto del tribunale in Camera di Consiglio sopra ricorso da quella sottoscritto e dal proprio marito, senza che questi fosse sentito e citato, senza l'intervento del P. M. e senza la forma della sentenza.

Per fermo, è di tutta evidenza che il capoverso dell' art. 136 cod. civ., nel quale è sancito che il Tribunale non può concedere l'autorizzazione se prima il marito non fu sentito o citato a comparire in Camera di Consiglio, salvi i casi di urgenza, si riferisce a tutti e tre i casi dell'autorizzazione giudiziale indicati nella prima parte dell'articolo medesimo.

Ora, se questo è prescritto nel Codice civile, che stabilisce i rapporti legalmente formati tra i coniugi e dichiara i diritti ed i doveri che ne derivano non solo a riguardo di loro, ma anche a riguardo dell'autorità giudiziaria nei casi in cui questa è chiamata a intervenire e provvedere sopra atti della vita civile interessanti la famiglia, non può ammettersi che il codice di rito, il quale prescrive il modo, onde la detta autorità deve esercitare la sua giurisdizione siasi allontanato dai principii direttivi del codice civile, tanto più se si considera che l'art. 136 già contiene una regola di procedimento, sicchè, ove mai gli articoli 800 e 801 p. c. non fossero applicabili che al caso dell'autorizzazione giudiziale per rifiuto del marito, ne sorge-

rebbe una contraddizione manifesta tra il codice civile e quello di procedura civile.

Tanto basterebbe a convincere che gli articoli 800 e 801 p. c. debbono essere interpretati ed applicati in coerenza dell'art. 136 cod. civ., e quindi che in tutti e tre i casi della autorizzazione giudiziale della donna maritata sia unico il procedimento, ogni regola di ermeneutica e di buon senso vietando di attribuire al legislatore l'incoerenza e la contradizione.

Ma vi è dippiù; imperocchè, avendo il legislatore destinato un capo speciale di procedura per l'autorizzazione della donna maritata, non è arbitrario il credere che per tutti e tre i casi dell'autorizzazione giudiziale sono d'applicarsi gli articoli 800 e 801, ma invece è arbitrario il voler limitare l'applicazione di detti articoli al solo caso del rifiuto del marito di autorizzare la moglie, e rinviare l'autorizzazione giudiziale negli altri due casi, dell'opposizione d' interessi e della separazione personale, alle regole generali degli articoli 778 e seguenti p. c., mentre pure nessun accenno di rinvio a questi articoli in quelli si rinviene, rinvio che il legislatore non avrebbe trascurato, anzi avrebbe dovuto ritenere necessario a fronte della disposizione generica dell'art. 136 cod. civ.

Ma niente di tutto ciò; per contrario il Supremo Collegio di Napoli nella sentenza del 15 maggio 1896 discorrendo della genesi dell'art. 136 cod. civ. e degli altri articoli della procedura civile, la cui interpretazione è controversa, dimostrò che ogni distinzione di procedimento si volle eliminare, e questo argomento decisivo in sostegno dell'opinione del Supremo Collegio ritenuto in quella sentenza e che la Corte adotta, non sembra che finora sia stato confutato.

Adunque il procedimento è unico per tutti e tre i casi dell'autorizzazione giudiziale. Esso incomincia col ricorso al Presidente del Tribunale, si svolge in Camera di Consiglio, sentito o citato il marito, e termina con sentenza con l'intervento del P. M. cioè con la osservanza delle prescrizioni dell'art. 136 cod. civ., come è pur dichiarato nell'art. 801 proc. civ.

Che gli argomenti che si adducono in contrario, a modo di vedere della Corte, non reggono alla critica.

Difatti il *sentito* il P. M. di cui all'art. 801 non porge ragione per dire che tanto vale l'essersi sentito il marito, quanto l'avere egli sottoscritto il ricorso della moglie, poichè il P. M. interviene nella Camera di Consiglio o dà le sue conclusioni scritte e motivate, laddove il contesto dell'art. 136 chiaramente dimostra che il marito deve essere sentito in Camera di Consiglio, e ciò come meglio si dimostrerà in seguito per fini diversi che non si raggiungono con l'avere il marito sottoscritto il ricorso della moglie, o concorso con lei nel redigerlo.

Nè ha importanza quello che si adduce come principale argomento della contraria opinione, e che si desume dalla prima parte dell'art. 800, dove è detto che il marito dovrà comparire personalmente avanti il Tribunale per *esporre i motivi del rifiuto.*

Innanzi tutto è naturale che questo articolo segue l'altro 799, nel quale è parola della domanda di autorizzazione ed ivi il legislatore si riporta ai casi indicati nell'art. 136 cod. civ. indistintamente; laddove, se nel solo caso del rifiuto del marito, si dovessero applicare gli articoli 800 e 801; l'art. 799, anzichè riferirsi all'art. 136, lo avrebbe accennato, lasciando gli altri casi sotto l'impero degli articoli 799 e seguenti p. c.

È poi da guardare nel suo contesto la prima parte dell'art. 800; trattandosi di autorizzazione giudiziale della donna maritata fu una supposizione affatto naturale del legislatore che la domanda si facesse da lei, e dovendosi prevedere il caso che il marito non comparisse unitamente alla moglie, fu fatto a costei obbligo della notificazione della domanda e del decreto al marito, obbligo che ha per causale la possibile non comparsa e poichè era a supporsi che questa comparsa non si verificasse che a causa di dissenso, il legislatore fu naturalmente condotto ad accennare al rifiuto: in altri termini il rifiuto di cui fa parola l'articolo sta in relazione alla necessità ed obbligo della notificazione. E se questa è una spiegazione plausibile delle parole della legge, vien meno tutta l'argomentazione poggiata nell'art. 800 in discorso, colla quale si vorrebbe far dire dal legislatore quel che mai disse come se oltre al rifiuto altri motivi non vi fossero, perchè il marito sia sentito o citato.

E che poi gli articoli 801 e 802 accennino a procedimento contenzioso neppure sta; poichè per tutti gli espedienti di Camera di Consiglio sta l'inizio del ricorso e lo svolgimento senza o con contradittorio (arg. art. 778 pr. civ.) e il Tribunale non spiega che la giurisdizione volontaria, non ordinando ma autorizzando; e per quanto si riferisce alla autorizzazione giudiziale, dissenziente o consenziente il marito, può verificarsi il caso, in cui si crede di osservi giusti motivi di dolersi del giudizio del Tribunale, che abbia negata l'autorizzazione chiesta dai coniugi di accordo tra loro.

Che la ragione della legge quale si desume dai principii concorre a sostegno della opinione adottata.

Autorevolmente si è detto che la legislazione ha pure le sue tendenze e queste favoriscono la libertà della donna maritata, sicchè non sia il caso di moltiplicare forme e solennità, che poi nella pratica spesso tornano inutili come quelle del sentirsi il marito in Camera di Consiglio, tanto più che in ogni caso può il Tribunale disporre quella istruzione che crede per illuminarsi. Tutto ciò non può persuadere. Il legislatore italiano poteva forse essere più largo e generoso verso la donna nello stato coniugale e concederle maggiore libertà di agire, ma le opinioni liberali del Ministro non furono accette al Consesso conservatore, e si volle tale libertà infrenare e porre in armonia coll'autorità maritale necessaria a che la famiglia avesse regolare indirizzo nella conservazione e sviluppo dei suoi interessi economici e morali, di cui nel marito si riconobbe il tutore nato.

Posti questi principii occorreva applicarli alla pratica della vita,

ed allora si sentì il bisogno d'imporre alla moglie l'obbligo dell'autorizzazione maritale per compiere certi atti che si reputano di maggiore importanza e lo erano.

Nè a ciò il provvido legislatore credette sostare.

Certo che all'autorità maritale bisognava essere ossequenti trattandosi di affari riguardanti essenzialmente la economia della famiglia; ma se il fondamento di codesta autorità fosse scosso da giusti e ragionevoli motivi, non era più il caso di fare affidamento su di essa: la tutela degli interessi delle famiglie altrettanti monadi della nazione e dello Stato bisognava che avesse altro rappresentante; un principio di dritto pubblico lo richiedeva. E le ragioni di diffidare del marito ebbero a fondamento la mancanza di giusti motivi che lo inducessero a negare alla moglie la sua autorizzazione a fare certi atti, il poco o niun interesse a che il marito potesse avere per la moglie separata legalmente da lui non per colpa del solo marito, e l'opposizione d' interessi tra il marito e la moglie nell'atto che questa volesse compiere; ed ecco la necessità della autorizzazione giudiziale.

Ma non per questo il marito cessa di essere il capo della famiglia; la sua autorità è sospettata, non si annulla; provvederà il magistrato come gli detta la coscienza, ma dopo sentito il marito; ciò è richiesto non solo in omaggio all'autorità maritale, ma anche perchè dal suo interrogatorio il Tribunale può ricavare lumi sufficienti nella vera posizione dei fatti.

La domanda di autorizzazione potrà bene essere motivata, ma sono le risposte alle interrogazioni e il contegno che persuaderanno ad accordare o negare l'autorizzazione. Questo interrogatorio dovea al legislatore parere preferibile ad ogni altra istruzione non solo per la economia delle spese, ma anche perchè trattandosi di affari di famiglia sottoposti al giudizio del magistrato nel segreto della Camera di Consiglio, si offriva come il mezzo più opportuno ed omogeneo. E questo interrogatorio deve esser richiesto in tutti i casi, perchè in tutti i casi il Tribunale può aver bisogno di lumi, che anzi si è appunto nel caso dell'opposizione d' interessi che deve il Tribunale ben valutare i fatti e le circostanze, approfondire le cause della domanda, e vedere come e perchè quell'autorizzazione è richiesta.

Il marito, si dice, potrà essere chiamato, se occorre; ma abbiamo visto che anche la ragione dei principii consigliar doveva di sentirlo, ed è sempre utile Ma si replica, può non comparire; è vero; però l'istituto della maritale come della patria potestà è di dritto pubblico; il marito avea il dritto di essere sentito e il dovere di comparire, se non comparisce, il Tribunale constaterà di essere stato citato, e sarà più cauto nelle sue decisioni. Ma non può dispensarsi dal fare quella constatazione perchè il dovere di sentire il marito è conseguenza sia della ragione dei principii di diritto pubblico che regolano i rapporti fondamentali della famiglia, sia della necessità o utilità della istruzione.

Che poi i provvedimenti debbano esser dati dopo aver sentito il

P. M. è ancora da ritenersi. Sono essi richiesti al magistrato per la protezione della donna maritata; e l'articolo 139 dell'organico giudiziario dice di avere il P. M. la tutela delle persone che non abbiano la piena capacità giuridica, come la moglie per quegli atti che non può far da se sola; nè la legge 28 novembre 1875 innovò per gli affari di Camera di Consiglio, perchè, come disse il Ministro Vigliani nella relazione 11 febbraio di quell'anno, fu lasciata in disparte l'ingerenza del P. M. negli affari di volontaria giurisdizione sul riflesso che la vigilanza e la tutela che la legge attribuisce al P. M. sugli interessi personali e patrimoniali delle persone tutelate, non pecca per eccesso. E se la tutela della donna maritata richiede che sia sentito il P. M. nel caso che il marito le rifiuti l'autorizzazione maritale, molto più deve sentirsi il bisogno di quella speciale protezione quando vuol compiere un atto nel quale i suoi interessi sono in conflitto con quelli del marito.

Che se per l'art. 1405 C. C. può la dote essere obbligata od alienata per semplice decreto del Tribunale, non può da ciò ricavarsi un serio argomento in contrario.

La dote potrà obbligarsi od alienarsi nello interesse della famiglia, senza che vi sia discordanza e collisione tra gli interessi peculiari della moglie e del marito: in questo caso la legge confida innanzi tutto nella prudenza del marito e presta ossequio all'autorità maritale, in conseguenza di che ha potuto dispensare il Tribunale di soverchia solennità e cautela.

Ma quando invece la moglie intende assumere un'obbligazione personale per soddisfare obbligazioni del marito, sicchè sorge il conflitto, il caso rientra nell'art. 136 ed è tutto diverso da quello dell'art. 1405, sebbene a garentia della obbligazione personale si obbliga la dote, e non solo si hanno due ipotesi diverse, ma ancora tali, che per l'una legge sentì il bisogno d'imporre cautela, che potettero sembrare soverchie per l'altra.

Che stante tutti i cennati motivi di decidere per la nullità della deliberazione del 9 settembre 1892 e per la conseguente nullità dell'obbligazione dalla Lamberti contratta, essi non possono venir meno a fronte di ogni altro criterio che non sia fondato nella legge, ed è vano accampare ogni altra ragione di equità, o di buona fede della creditrice.

Per questi motivi ecc.

. . . .

CORTE D'APPELLO DI NAPOLI (Sez. 2 ª) — *28 aprile 1897.*

SPERANDII *Pres.* — POLEMONDO-CHIAIA *Est.*

Ditta Ravone Saggese c. Hintermann

Giudicato — Termini — Sentenza — Concetto — Motivo — Dispositivo (art. 1350, 1351 cod. civ.) **Fallimento — Data — Sentenza —**

Dichiarativa — Merce — Consegna al fallito — Rivendicazione — Tempo (art. 557, 683, 684, 804, cod. comm.).

a) *La formola giuridica del giudicato consiste nel dispositivo ed è priva di efficacia la considerazione motiva che non abbia diretto rapporto col provvedimento giudiziale.*

b) *La data che fissa il momento del fallimento è quella nella quale il giudice dichiara la cessazione dei pagamenti e non già quella in cui la relativa sentenza è profferita.*

c) *Non possono dirsi a disposizione del fallito le merci entrate nei suoi magazzini se non quando la polizza relativa è quietenzata e rimessa al capitano, non bastando la sola dichiarazione di entrata.*

d) *Agli effetti della rivendicatoria delle merci spedite al fallito non possono dirsi pubblici magazzini, per i depositi delle merci, le dogane.*

1.° Nel decembre 1895 la Casa Sterm Ioest di Solingen spediva col vapore Ceres della Reale Compagnia di Navigazione Olandese tre casse di ferrarecce all'ordine della Ditta Ravone Saggese di Napoli; ma, mentre la merce era in viaggio, saputo che la destinataria aveva già sospesi i suoi pagamenti, ordinò alla Compagnia di navigazione di non consegnare le casse, e quest' ordine venne comunicato con telegramma dei 4 gennaio 1896, ai fratelli Leupold, rappresentanti in Napoli della Compagnia suddetta.

2.° Il Ceres qui giunse il 6 detto gennaio. I signori Leupold rilasciarono il manifesto di arrivo delle merci, fra le quali vi erano appunto le tre casse in disputa, senz'alcuna annotazione dell'impedimento ricevuto; e per tanto nella colonna, in cui veniva indicato il luogo di destinazione ed il nome del destinatario della merce, scrissero « *come da polizza all' ordine* ». La Ravone-Saggese adunque, che aveva già ricevuto, prima dell' arrivo del Ceres, la sua polizza di carico, fu sollecita nel dì 8 dello stesso mese a fare in dogana, per mezzo del suo spedizioniere, signor Bolla, la dichiarazione di entrata delle tre casse; e la Dogana accettò tale dichiarazione per averla trovata corrispondente alla polizza di carico da lui esibita, ed al manifesto di arrivo che da parte dei signori Leupold era stato rilasciato, come si è detto, senza annotazione alcuna.

3.° Con lettera dei 6 gennaio, giunta in Napoli il 9, la Compagnia di Navigazione, in aggiunta al telegramma, ingiungeva ai fratelli Leupold suoi rappresentanti di passare le tre casse a disposizione del signor Giovanni Hintermann. Il quale, avendo nel 20 detto mese ottenuto il buono per ritirare i tre colli, pagando anche le spese di sbarco e le altre relative, incontrò opposizione nell'ufficio doganale, perchè si pretese la esibizione della dichiarazione di entrata fatta dalla destinaria, o il consentimento di costei al rilascio della merce.

4.° Con sentenza dei 29 gennaio la Ravone-Saggese fu dichiarata fallita; ma si retrotrasse la cessazione dei suoi pagamenti al primo detto mese.

L' Hintermann quindi, quale rappresentante della Casa Sterm

Ioest, con atto del 1° febbraio successivo chiese al curatore del fallimento o il rilascio della dichiarazione succennata, o avesse manifestato alla Dogana il suo assenso a che le tre casse fossero a lui restituite. Il curatore si rifiutò assumendo la tesi, che « per effetto « della dichiarazione di entrata resa l'8 gennaio ed accettata dalla « Dogana, perchè conforme al manifesto di arrivo, la merce aveva « già fatto passaggio nel possesso reale ed effettivo della destinataria, « e la domanda di revindicazione proposta dalla casa venditrice era « intempestiva ».

5.° Con sentenza dei 23 marzo, confermata in appello, il Tribunale ordinò alla parte più diligente di dimostrare con la copia della dichiarazione, che si diceva fatta dalla Ravona-Saggese presso la Dogana di Napoli, e con altri documenti, *se le tre casse in lite siano state ricevute nei magazzini doganali a disposizione della Ditta stessa.* Riproposta quindi la causa, Hintermann chiamò in garentia i fratelli Leupold per rispondere dei danni e delle conseguenze tutte del giudizio, qualora la merce, come sosteneva il curatore del fallimento, si trovava in dogana a disposizione della fallita per effetti della dichiarazione di entrata, potuta fare per mancanza di annotazione nel manifesto di arrivo.

E il Tribunale, con sentenza dei 21-23 dicembre ultimo scorso, rigettò la domanda in rivendicazione, accolse l'altra in garentia.

Se ne sono quindi gravati i fratelli Leupold con appello principale dei 17 febbraio, e l'Hintermann con appello condizionato dei 22 marzo, proponendo le rispettive conclusioni innanzi trascritte.

In dritto osserva — Che all'esame degli appelli si oppone dalla Ditta Ravone-Saggese, oggi rappresentata dagli stessi falliti, la *exceptio judicati*, deducendo che con la sentenza del Tribunale dei 23 e 30 marzo 1896, confermata in appello, siasi statuito in dritto, che per effetto della dichiarazione di entrata fatta alla Dogana conformemente alla polizza di carico ed al manifesto di arrivo, le merci introdotte nei magazzini doganali facciano passaggio nel possesso del compratore; e che con la sentenza di cui ora è appello siasi applicato in fatto lo stesso principio di dritto.

Ma nulla di più inesatto.

Innanzi tutto è a rilevarsi, che la succitata sentenza è *res inter alios* nei rapporti dei fratelli Leupold, che non fecero parte del primo stadio del giudizio.

E nei rapporti di Hintermann e i falliti si osserva, che col libello del 1° febbraio e con le rispettive comparse dei 12, 17 e 24 dello stesso mese la lite fu contestata nei seguenti termini:

a) L'attore Hintermann reclamava dalla Ditta convenuta il rilascio della dichiarazione da lei fatta alla Dogana, onde con essa, e coll'ordine di consegna rilasciatogli dagli Agenti della Compagnia di Navigazione avesse potuto ripigliarsi le merci depositate in dogana;

b) La convenuta Ravone-Saggese negava a rilasciargli la dichiarazione di entrata, e sostenendo in tesi che questa sola era stata efficace a determinare il trasferimento delle merci nel suo pos-

sesso prima che si fosse pronunziata la dichiarazione del suo fallimento.

E il Tribunale, considerando che nella disputa così contestata « restava ad indagare se la merce reclamata fosse stata ricevuta nei « magazzini doganali a *disposizione* della fallita, apparendo che presso « la Dogana ella a mezzo del proprio spedizioniere abbia fatta la « dichiarazione di *deposito* (si noti, di *deposito* parla la sentenza, « non di semplice entrata); e che più che giudicare sulle assertive « *hic inde* fatte dai contendenti, riusciva opportuno e giusto ordi- « nare la prova, sia con la copia della dichiarazione di entrata, sia « con altri documenti se le casse rivendicate siano state ricevute o « meno nei magazzini doganali (*in deposito*) a *disposizione* della « ditta suddetta » emise la interlocutoria dei 23-30 marzo, confermata in appello.

Se adunque la formola giuridica del giudicato consiste nel dispositivo, perchè il solo dispositivo forma stato tra i contendenti, e qualunque altra considerazione adottata nella parte motiva della sentenza, non in diretto rapporto logico col dispositivo, è impertinente, senza valore; se la premessa interlocutoria lasciò impregiudicata la questione di sapere « se colla sola dichiarazione di entrata si fosse « operato il reale trasferimento delle merci entrate in dogana nel « possesso del destinatario dichiarante », è manifesto, che la pregiuziale opposta dai falliti non ha fondamento di sorta.

Osserva che passando ora all'esame del merito, è facilissimo rilevare che l'appellata sentenza non ha fondamento in diritto.

E innanzi tutto, malamente si avvisarono i primi giudici a ritenere la improponibilità dell'azione in rivendicazione per essersi ricevuta la merce in lite nei magazzini doganali a disposizione della fallita fin dagli 8 gennaio 1896, cioè parecchi giorni prima della dichiarazione del fallimento. Si apprende dalla dottrina e dalla legge, che in ogni sentenza dichiarativa di fallimento, la data di questo non devesi rilevare dalla data della decisione o della pubblicazione della sentenza stessa che lo dichiara e constata, ma dalla data in cui venne fissata la cessazione dei pagamenti, poichè secondo il concetto giuridico del fallimento (art. 683 Cod. di Comm.), nel giorno in cui il commerciante non più soddisfece alle sue obbligazioni commerciali si verificò lo sbilancio economico e il disordine dell'azienda commerciale, che poi condusse alla catastrofe della bancarotta. Se adunque la sentenza, che dichiarò falliti i signori Ravone e Saggese retrotrasse al 1° gennaio 1896 la data della cessazione dei pagamenti; e la merce alla loro destinazione fu sbarcata dal Ceres il 6 o l'8 detto mese, la Casa venditrice fu in tempo opportuno a revocarne la consegna col telegramma dei 4 gennaio, e l'Hintermann suo rappresentante tempestivamente ne affacciò alla Dogana la domanda in revindicazione col buono pel rilascio fornitogli il 20 dello stesso mese dagli Agenti della navigazione.

Nè fecero una più retta interpretazione della legge (art. 557 e 804 del codice di comm.), e miglior governo degli usi mercantili,

(art. 1° detto codice) nell'esagerare l'importanza e i fini della dichiarazione di entrata, e nel falsare il carattere proprio dei magazzini generali.

Risalendo infatti ai principii fondamentali del dritto, che sono sempre la guida più sicura in ogni materia controversa, è fuori dubbio che per la rivendicabilità delle merci spedite al fallito prima della dichiarazione del fallimento la ragione consigliava, e il legislatoee volle che le medesime non fossero passate nella fisica disponibilitá del compratore, considerando compiuta la vendita solo quando vi è la effettiva e reale consegna, o nei magazzini del fallito, o nei magazzini pubblici, o in altro luogo di deposito o di custodia, in cui siano state ricevute a disposizione di costui. Si fa tuttavia questione quale si debba intendere per magazzino del fallito; ma in quanto alla questione del tempo, quando cioè si possa ritenere la merce effettivamente depositata nel magazzino del compratore, questa Corte di appello, anche sotto l'impero dell'art. 689, dell'abolito codice del 1865 (articolo riprodotto nell'804 del codice vigente) con sentenza dei 30 gennaio 1878 dettò: « non potersi dire a disposizione del fal« lito le merci entrate nei suoi magazzini, quand' anche egli abbia « ricevuto la polizza di carico, se questa non sia stata *quietanzata* « e rimessa al capitano della nave che trasportò le merci, e *non* « *sia stato ritirato l'ordine della consegna*» (Vedi *La Legge* 1878 pag. 702). E questa massima, che formò scuola per gli scrittori venne poi seguita sotto l'impero del codice vigente dalla Cassazione, di Torino nel 4 aprile 1883, e dall'appello di Genova nel 24 gennaio 1800 (*Rivista del dir. comm.*)

Dunque, ai fini dell'art. 804, com'è stato appreso dalla costante giureprudenza patria, ci vuole tutt'altro che una semplice dichiarazione di entrata della merce in dogana fatta a base della polizza di carico. La polizza di carico non ha altro valore giuridico, che quello di un titolo di *ius ad rem*, per ottenere cioè dal capitano la consegna delle merci che gli furono consegnate pel trasporto; e la dichiarazione di entrata non prova altro, che si possiede la polizza di carico, e che si è il destinatario delle merci introdotte in dogana; ma per conseguire il possesso reale delle medesime, occorre imprescindibilmente l'ordine della consegna, che il vettore o il capitano della nave deve rilasciare al compratore o destinatario, il quale, alla sua volta, deve poi quietanzarne sulla stessa polizza la ricevuta.

La Ravone-Saggese, ricorrendo all'ausilio dell'art. 557 per insistere nel suo assunto, sostiene che a lei debba essere consegnata la merce, non solamente perch'ella, come destinataria, è in possesso della polizza di carico, ma perchè nessuna opposizione fu notificata al capitano. E qui s'incorre in altri più manifesti errori. Giova premettere, cho la polizza, se è un titolo pel destinatario a richiedere al capitano la consegna della merce, non toglie al mittente il pienissimo diritto di cambiare alla merce viaggiante luoghi e persone di destinazione, e di disporne in qualunque altro modo gli piaccia.

Dunque la casa Sterm Ioest legittimamente telegrafò nel 4 gennaio di non consegnare le casse, e questo telegramma non poteva essere diretto ad altri, meno ai fratelli Leupold, rappresensanti in Napoli della Compagnia di Navigazione proprietaria della nave, sopra cui le casse erano state caricate. Quindi per l'art. 557, ch'è nuovo nel vigente codice (e fu consigliato pel caso, in cui più portatori della polizza di carico colle loro contestazioni avessero potuto incagliare i nuovi viaggi della nave) è manifesto, che quando lo spedizioniere della Ravone-Saggese si presentò in dogana a fare la dichiarazione di entrata, al capitano era stata già fatta formale opposizione di cui nel citato articolo. Che anzi, da questo stesso articolo messo in correlazione coll'articolo 550, scaturisce un altro argomento decisivo per riprovare la tesi della fallita; poichè se al capitano, e per costui ai fratelli Leupold doveva essere esibita la polizza per ottenere la consegna del carico, e ai fratelli Leupold dovevasi rilasciarne dalla destinataria la ricevuta, ne discende logica la conseguenza che la dichiarazione fatta alla dogana dell'entrata della merce ha tutt'altra finalità, e che il trasferimento della merce nel possesso della destinataria non poteva altrimenti effettuarsi, se non mediante l'ordine di consegna, che dai soli rappresentanti del Cery potevasi rilasciare.

E se la retta intelligenza dei citati articoli, e gl' insegnamenti della dottrina e i postulati di giureprudenza non fossero bastevoli a disilludere la Ravone-Saggese dall'ardita speranza di afferrare le tre casse di ferrarecce al prezzo del concordato 10 0[0, deve desistere da ogni altro tentativo di fronte al certificato del Commissario alle scritture doganali, il quale nella sfera delle sue attribuzioni ricordò che « non ostante la dichiarazione di entrata fatta dallo spedizioniere « Bolla, i tre colli non saranno rilasciati se non quando verrà pro- « detto in dogana *regolare ordine di rilascio da parte della Com- « pagnia trasportatrice*, giusta le prescrizioni vigenti ». Queste prescrizioni sono quelle dettate negli articoli 5 della legge doganale testo unico e 40 del regolamento, i quali, armonizzando con le premesse disposizioni del codice di commercio, e con gli usi mercantili disciplinati nelle normali del Ministero delle Finanze dei 15 maggio 1873 e 30 agosto 1876, insegnano che le Società ferroviarie o di navigazione, e in generale *i vettori* (non i destinatari) *sono riconosciuti i principali e diretti depositanti delle merci introdotte in dogana, nè può farsi alcuna operazione di svincolo se colla dichiarazione non viene presentato lo speciale* nulla osta *rilasciato dai vettori medesimi pel ritiro delle merci.*

Osserva che se nella dottrina, non meno che nel foro, si mantiene tuttora viva la disputa quale debba essere il magazzino del fallito, non è più lecito il dubbio, sotto l'impero dell'art. 804 del Codice vigente, ad escludere i magazzini della dogana dalle località nello stesso articolo indicate ai fini della rivendicatoria. La questione se le dogane fossero pubblici magazzini pei depositi delle merci a disposizione dei commercianti fu vivamente agitata vigente l'art. 689

del 1865, tra la dottrina, ch'era per l'affermativa e la giureprudenza, per altro non sempre costante, che negava.

Infatti, pubblico certamente è l'ufficio che prestano le dogane, in quanto stringono rapporti fra lo Stato, il fisco, e i privati; ma esse sono perfettamente disinteressate riguardo ai rapporti tra i destinatari e le merci da doganare. Ora, nel 1865 potevasi sostenere che le dogane di quel tempo facessero anche l'ufficio dei magazzini generali, perchè non esistendo allora questa istituzione, non potevasi ammettere che quel legislatore avesse dettato coll'art. 689 una disposizione affatto inapplicabile; ma sotto il Codice vigente, in cui vi è un apposito titolo che tratta del deposito di merci nei magazzini generali, e nella piazza di Napoli questi magazzini esistono da parecchio tempo, ogni dubbio manca di ragione.

Osserva che per tutte le premesse considerazioni dovendo la merce essere restituita alla Casa venditrice, anche l'equità viene a rimanerne soddisfatta, non essendo giusto che gli altri creditori o i falliti stessi si avvantaggiassero del danno immediato e diretto della Sterm Ioest, aggiungendo al patrimonio che va diviso fra tutti una merce che ad essa esclusivamente appartiene.

Che accogliendosi la domanda in rivendicazione, viene a cessare ogni materia controversa in ordine alla domanda in garentia.

Per questi motivi ecc.

Corte d'Appello di Napoli (3.ª Sezione) — *28 aprile 1897*

Capaldo *V. P.* — Ceravolo *Est.*

Lecaldano c. del Prete

Gratuito Patrocinio — Ammissione in appello vale per resistere alla rivocazione — Rivocazione: termine — Giuramento: discussione—Falsità, elementi, rivocazione (art. 21 R. D. 21 nov. 1895 art. 494-497 C. P. C. art. 221 Cod. Pen.).

a) *L'ammissione al gratuito patrocinio della parte vittoriosa in appello si estende alla resistenza contro la domanda di rivocazione dalla sentenza di appello.*

b) *Il termine per proporre la domanda di rivocazione decorre genericamente nel termine utile a produrre appello secondo quello fissato dall'art. 485 ancorchè alla causa per la sua indole speciale fosse designato un termine più breve per esercitare la facoltà dell'appello riportandosi l'art. 494 al precedente.*

c) *Quando trattasi di rivocazione fondata sulla riconosciuta falsità del titolo che servì, alla sentenza impugnata, di sostrato, il termine utile a produrre la relativa istanza di revocazione decorre dal giorno in cui la parte ha la scienza legale della dichiarazione giudiziaria della falsità.*

d) *La riconosciuta falsità del giuramento decisorio offre adito alla domanda di revocazione della sentenza a base di quello profferita.*

Considerando che prima a discutere è la deduzione di Lecaldano sull'ammissione dei del Prete al benefizio del gratuito patrocinio, che egli nega esistere, e perciò chiede che delle loro comparse non si tenga conto, comecchè scritte su carta non bollata.

Però nel fatto la predetta ammissione venne accordata, con deliberazione del dì 9 novembre 1893, e nel diritto si deve intendere estesa a tutti i gradi di giurisdizione, non escluso quello che deve pronunciare sulla domanda di rivocazione, la quale per dippiù, si propone appo lo stesso magistrato che ha emessa la prima sentenza.

Nè giova al deducente Lecaldano il riferirsi all'alinea dell'articolo 21 del R. Decreto 21 novembre 1865, n. 2627, pel quale si dichiara necessaria la nuova ammissione *per rendersi appellante;* imperciocchè in tale rincontro la sentenza di prima sede, contraria all'ammesso, porge nuovi lumi alla commissione sul requisito della probabilità della vittoria, ciò che non si verifica quando la sentenza impugnata con la rivocazione è favorevole all'ammesso predetto.

Considerando che la eccezione d'inammessibilità della domanda che viene in discussione, si sostiene dai del Prete al riflesso della decorrenza del termine utile a produrla, e del suo intrinseco contenuto che asserisce pure escluso dai casi nell'art. 494 cod. di proc. civile contemplati.

Or la Corte tali argomenti ravvisa infondati nel diritto giudiziario, e perciò respinge la proposta eccezione.

Evidentemente fallace è il primo argomento, dappoichè il termine dei 30 giorni prescritto all'appello nei giudizi commerciali, e per conseguenza alla domanda di rivocazione nei giudizi della stessa indole decorre, nei casi preveduti dai numeri 1, 2 e 3 dell'art. 494 dal giorno indicato nell'alinea del successivo art. 497, e nella specie in discussione, dal giorno in cui costa essersi venuto a legale conoscenza della falsità. Di tal che, non essendo stato ancora notificata al Lecaldano la sentenza della Corte di Cassazione che pose fine al giudizio penale di falso, non si potrebbe dichiarare decorso un termine prima d'incominciare.

Sulla decorrenza di termini indicata nel sopraddetto art. 497 la giurisprudenza ha sempre usata benigna interpetrazione, trattandosi di decadenza di diritti. Specialmente in materia di scoverta di documenti ha ritenuto, che non basta la vana conoscenza che se ne possa avere, ma deve risultare dalla data della copia ottenuta il giorno in cui se n'ebbe il possesso, affinchè dal giorno medesimo si computi il tempo utile alla domanda di rivocazione. E così, segnando la copia della sentenza della Cassazione predetta, rilasciata al Lecaldano, la data 1 dicembre 1896, ben si trova in termine la domanda di rivocazione che da lui, sulla semplice ed incompleta notizia, se n'era avanzata addì 20 del precedente mese di novembre.

Nè ha valore l'ultimo argomento dai del Prete addotto contro la già espressa conseguenza, cioè, che le sentenze penali non hanno bisogno di notificazione; imperciocchè cotesto bisogno sorge sempre che le sentenze medesime si vogliono protrarre a conseguenze civili,

e specialmente per fare decorrere i termini ai gravami concessi dal codice di procedura civile.

Sul secondo argomento addotto per la inammessibilità si richiede maggiore considerazione, perchè ripresenta una quistione da molto tempo agitata, e variamente risoluta nella scienza, e nella giurisprudenza. Se, cioè, la riconosciuta falsità del giuramento decisorio offra adito alla domanda di rivocazione.

Su tale quistione era preponderante in Francia, ed in Piemonte, la risoluzione negativa, che pone capo nella inflessibilità del divieto, ora sancito nell'art. 1370 cod. civ., di provare la falsità del giuramento decisorio.

Ma cotesta opinione, per quanto rimane incontestabile sotto l'impero di leggi improntate (com'erano in queste meridionali province le LL. del 1819) al responso dell'Imperatore Alessandro « *Jus jurandi contempla religio satis Deum ultorem habet* » (L. 2ª C. De reb. creditis), per altrettanto diviene incoerente sotto una legislazione che lascia intatto il procedimento penale, e punisce, come ogni altro reato, lo spergiuro nel giuramento decisorio, al pari che in quello deferito di uffizio.

In quest'ultimo rincontro, ch'è lo stato della nostra legislazione, pel molto contrastato ma pur sancito art. 221 codice penale, la prova della falsità diviene legittima, e limitata soltanto dal disposto nell'art. 848 cod. di proc. pen. Quindi, per via indiretta ma certa, venendo ad incontrarsi l'uno e l'altro giuramento nella facoltà di provarsene la falsità non rimane alcuna plausibile ragione per la quale dovrebbesi continuare in un opinamento che accorda il rimedio straordinario della rivocazione al fatto riconosciuto nel giuramento di ufficio (sempre accettato dalla giurisprudenza), e lo nega a quello del giuramento decisorio.

D'altronde cotesta parificazione risulta, e dalla eguale importanza che, nell'uno e nell'altro caso, si ha il giudicato penale, e dal dettato dell'art. 221 cod. pen. Prevalente è sempre il giudicato penale sul civile, comecchè improntato al supremo interesse della tutela dell'ordine sociale, e pertanto si rende arbitraria una distinzione tendente a menomarne gli effetti, in un caso qualsiasi, od almeno a tarparne i mezzi per conseguirli. Il sopra indicato articolo in unica sanzione lo spergiuro comprende, comunque alle due predette specie di giuramento si possa riferire, ed anzi nemmeno di tale distinzione fa cenno.

Adunque basta quanto si è fin qui esposto contro il rigetto della domanda. Se non che la Corte crede conveniente aggiungere, in conferma, qualche altra ragione, desunta dall'indole speciale dell'obbietto delle azioni per rivalsa di danni, alle quali i contrarî opinanti vorrebbero restringere gli effetti del giudicato penale sul falso giuramento, e dalle condizioni in cui particolarmente versa la causa in disamina.

La virtù delle obbligazioni, siano anche derivanti *ex delicto*, si svolge in prima, e principalmente, sulle cose che ne formarono l'og-

getto, le quali, per opera della legittima autorità, debbono agli aventi diritto essere consegnate, sempre che esistano, e non vi si opponga il diritto de' terzi. Alla rivalsa de' danni interessi si ricorre quando ciò non è possibile, oppure in supplemento di deteriorazione o di utili mancati, *propter ipsam rem non habitam* (L. 21 § 3.° D. de act. empt.).

A tal che, trattandosi nella specie in discussione di somma in danaro, non pagata ancora, ed essendo anzi pendente il giudizio sul quantitativo della medesima « *res adhuc integra est* », ed è necessità di diritto, che si raddirizzi il giudizio civile ne' termini conseguenti al giudicato penale sullo spergiuro, mentre da questo spergiuro è derivato un avviamento tutt'affatto diverso di quello che la giustizia reclama.

Alla Corte sembra assurdo che, in tale stato di cose, non si ammetta la domanda di rivocazione, e che si attenda in vece l'esito del falsato corso di giudizio, la sentenza, o pure la esecuzione, affinchè dopo, presentandosi domanda di rivalsa di danni, possa concederli, forse in tempo in cui i capienti saranno divenuti insolvibili.

Ultime difficoltà che presentano gli eccipienti sono, la contrarietà che, a loro dire, si avrebbe col principio di diritto ritenuto nella sentenza denunziata in revocazione, cioè della perfetta indipendenza del procedimento civile dal penale, e la esclusione della specie della causa dai casi nell' art. 494 cod. di proc. civile contemplati.

Se non che ognun vede la differenza dello stato di fatto al tempo di quella sentenza, cioè la esistenza di due semplici procedimenti, e quello che al presente esiste, cioè un giudicato penale che deve prevalere in giudizio civile. Cambiando lo stato di fatto non può essere identica l'applicazione del giure.

Nè poi è vero che la specie della causa non vada compresa nella sanzione dell' articolo predetto; essendo invece preveduta dal num. 2°; perchè trattasi di documento dichiarato falso dopo la sentenza. Che documento sia il verbale di giuramento, e che il falso stia in esso, basta riflettere che nel rincontro trattasi di falso morale, laddove le dinegazioni al proposito esternate dai del Prete sono relative esclusivamente al falso materiale, sotto il quale aspetto di certo il verbale riproduce fedelmente le risposte date dai giuranti.

Considerando che, ammessa la domanda di rivocazione, senza dubbio la dev' essere pure accolta; come chè sorretta dal giudicato penale esibito in atti.

Risulta dallo stesso, non solo la falsità del giuramento, ma pure il rigetto che si ebbe la difesa degl'imputati del Prete, ora ripetuta inopportunamente, e contro la chiara dimostrazione risultante dal premesso sunto di fatto; cioè che dessi non mai negarono la somministrazione del legname fatta loro da Lecaldano, ma invece si dichiararono sempre pronti ad abbonare quanto sarebbe risultato dalle ricevute a lui rilasciate. È una confusione che cercherebbero fare

a tutto loro vantaggio, ma che rimane esclusa dai precisi termini del giuramento, ed anche dall'atto di citazione.

Considerando che in tal modo esaurita la discussione sul rescindente, deve la Corte disaminare e decidere il rescissorio; essendo omai vista la opinione che a questo si dovesse provvedere con altra sentenza.

Facile è quest'altro computo; imperciocchè i capi di appello rimasti in sospeso con la sentenza della Corte 10-15 ottobre 1894 sono relativi appunto alle somministrazioni, per parte di Lecaldano, delle ferramenta, del legname, e di una persiana completa. Su questi fatti si deferì dalla parte, e si ordinò dalla Corte il giuramento, che venne prestato, affermativo per le ferramenta e negativo per le altre somministrazioni.

Or la falsità di cotesta negazione essendo provata, si deve ritenere tutto il contrario, cioè l'affermativa risposta, ed ordinare che la perizia disposta con la sentenza appellata della 2ª Sezione del Tribunale Civile di Napoli 15-18 giugno 1894, dal giusto prezzo dovuto ai del Prete, per le opere di falegname eseguite per conto di Lecaldano dopo la convenzione 20 gennaio 1890, mentre le precedenti vennero apprezzate dall'Ingegnere Nicola Valente ai termini della convenzione, escluda le ferramenta, il legname, e la persiana forniti dal committente, esclusi i passamani, come Lecaldano ha conchiuso con la comparsa 28 settembre 1894, alla quale coll'ultima esibita si è rimesso.

(Omissis)

. . . .

CORTE DI APPELLO DI NAPOLI (1ª Sez.) — *28 aprile 1897*

NUNZIANTE *P. P.* — PETRUCCELLI *Est.*

Amirante c. Mormone

Commerciante — Esercizio abituale (art. 8 cod. comm.)
Fallimento — Creditore unico — Condizioni (art. 683 e 684 cod. comm.)

a) *L'esercizio abituale degli atti di commercio, richiesto dall'art. 8 cod. comm. per imprimere la qualità di commerciante, dev'essere così frequente e consecutivo da costituire in certa guisa una speciale condizione di esistenza e di vita sociale* (1).

b) *Basta un sol creditore per far dichiarare il fallimento del suo debitore commerciante* (2).

c) *Condizione essenziale per la dichiarazione di fallimento è la cessazione dei pagamenti, e non occorre indagare se si tratti di momentaneo imbarazzo o di effettiva e duratura impotenza a pagare; nè si può fare distinzione tra cessazione e sospensione dei pagamenti* (3).

---

(1) Ci associamo completamente alle surriferite massime stabilite dalla nostra Corte di Appello, le quali sono conformi alla legge e ai principii generali di diritto. E difatti l'art. 8 del cod. comm. dichiara che sono commercianti coloro che

Attesochè con sentenza del 1°-13 maggio 1896 emessa dal Tribunale di Napoli e confermata in appello dalla 2ª Sezione di questa Corte, Rachele Mormone fu condannata a pagare in favore di Salvatore Amirante lire 3367,50 prezzo di farina di grano somministratale dall'Amirante, non che gl'interessi commerciali sulla detta somma dal giorno della giudiziale domanda e le spese di lite.

In seguito di notificazione della detta sentenza e del precetto, procedutosi da parte dell'Amirante al pegnoramento di mobili della debitrice, l'usciere esecutore rinvenne solo poche suppellettili nel magazzino ove essa Mormone esercita la sua industria di panettiera, ed i letti nella sua casa di abitazione, come risulta dal relativo verbale.

L'Amirante poscia, con atti del 14 e 26 agosto scorso anno, citò

---

esercitano atti di commercio per *professione abituale* cioè con una volontà costante e diretta a tale esercizio. E questo concetto è riconosciuto anche dallo Stracca, il quale scriveva: « Illum esse mercatorem. qui assiduitate quadam et frequenti negotiatione ad hujusmodi mercatoris artem seu verius officium se dederit, et propterea, ex unico actu mercatorem non censeri temperandum est nisi unicum actum praecederet professio seu descriptio in albo et, ut vulgo dicimus, in matricula mercatorum.

(2) Quanto alla seconda massima, oramai non si mette più in dubbio che basta un solo creditore per far dichiarare il fallimento del suo debitore commerciante: nello stesso senso ha già deciso la stessa Corte di Appello, con sentenza del 29 marzo 1897 (*Mor. Giur.* VII, 113) e del 12 dicembre 1892 (ivi, II, 182) con una nostra nota di richiami.

(3) Importantissima poi è la terza massima, che determina con molta precisione. qual'è il concetto giuridico della cessazione dei pagamenti.

Il fatto fondamentale caratteristico della cessazioee dei pagamenti consiste nel non pagare a scadenza qualunque sia la causa per cui un commerciante più non soddisfaccia alle proprie obbligazioni. Cessa di pagare, chi, giunta una o più scadenze, non paga, sia che egli poi, più o meno tardi, possa ritornare a pagare sia che non lo possa più. La cessazione dei pagamenti, osserva il Vidari, non va riguardata nel tempo e nello spazio, ma in sè stessa, nella sua intima natura, epperó chi non paga, cessa di pagare. Non si può quindi fare alcuna distinzione tra cessazione e sospensione di pagamenti, se così non fosse come mai si potrebbe determinare con criteri sicuri dove vi abbia soltanto sospensione, e dove cessazione addirittura dei pagamenti ?

E dello stesso avviso è anche il Calamandrei, il quale osserva che, pur riconoscendo la distinzione tra cessazione e sospensione dei pagamenti nell'ordine dei fatti, non la riconosce come influente sulla dichiarazione di fallimento. Il nostro legislatore ha avuto riguardo specialmente alla puntualità dei pagamenti tanto necessaria al commercio, e al diritto del creditore: ora sia che il commerciante sospenda, sia che cessi i suoi pagamenti, la puntualità e il diritto dei creditori sono offesi del pari; nè a costui importa occuparsi se il pagamento gli venga decisamente o precariamente rifiutato; il fatto del rifiuto deve bastare per autorizzarlo a chiedere ed ottenere la dichiarazione di fallimento.

E di questa opinione in Italia sono quasi tutti gli scrittori. Il Bolaffio dapprima seguì l'opinione contraria in una nota critica alla sentenza della Corte di Cassazione di Torino del 18 maggio 1883, pubblicata nell'*Annuario Critico della Giurisprudenza Commerciale*, vol. I, pag. 141. In seguito, nel commento al *Nuovo Codice di Commercio Italiano*, modificò la sua opinione, associandosi all'avviso del Vidari, del Calamandrei, del Borsari e del Cuzzeri.

La giurisprudenza è molto fluttuante e incerta. Ora però pare che si vada affermando nel senso della surriferita sentenza.

Avv. Francesco Parisi

innanzi al Tribunale di Napoli la medesima Mormone, chiedendo dichiararsi il fallimento di lei quale commerciante che aveva cessato di fare i pagamenti.

Ella oppose di non essere commerciante, e subordinatamente di non potersi dichiarare il fallimento sull'istanza di unico creditore e per un solo debito commerciale non pagato.

L'adito Tribunale, con sentenza degli 11-16 settembre 1896, respinse la dimanda dell'Amirante, e lo condannò alle spese.

Costui ne interpose appello, e questa Corte, con sentenza del 4-9 dicembre 1896, concesse alla Mormone il termine di 20 giorni dalla pubblicazione della detta sentenza, per dimostrare con documenti le attività del suo patrimonio.

Si è riprodotta ora la causa per gli ulteriori provvedimenti.

Attesochè, per l'art. 683 del codice di commercio, il commerciante che cessa di fare i suoi pagamenti, per obbligazioni commerciali, è nello stato di fallimento; onde, nella specie, fa d'uopo indagare se concorrano tutti gli estremi richiesti dalla cennata disposizione di legge.

Non vi ha dubbio che la Mormone eserciti l'industria di panettiera; che il debito da lei contratto con l'Amirante sia per somministrazione di farina di grano che le occorse all'esercizio di tale industria.

A norma del n° 2° dell'art. 3° dello stesso codice, il suindicato debito della Mormone è meramente commerciale, perchè consiste nel prezzo della farina somministrata per ridurla a pane e rivenderla così trasformata. E giusta l'art. 8 del ripetuto codice, sono commercianti coloro che *esercitano atti di commercio per professione abituale*, ed il concetto giuridico racchiuso in questa formola rileva che debba trattarsi di un esercizio così frequente e consecutivo da costituire in certa guisa una speciale condizione di esistenza e di vita sociale, come spiegava la relazione Mancini, seguendo lo insegnamento del Pardessus. Nel caso concreto, la Mormone abitualmente esercita la industria di panettiera, prendendo a credito la farina relativa; quindi è una pubblica mercantessa, tanto che trovasi iscritta nel ruolo della Camera di Commercio quale contribuente alla tassa camerale, secondo si trae da analogo certificato prodotto in atti.

La legge determina nella cessazione dei pagamenti la condizione essenziale per la dichiarazione di fallimento. Non richiede che vi fossoro più creditori non soddisfatti, ma basta la inadempienza ad una sola obbligazione commerciale per ritenersi verificato lo stato di fallimento, cosicchè l'articolo 684 del medesimo codice consente anche ad un solo creditore di promuovere istanza per farlo dichiarare. Ed in vero il fallimento è nel tempo stesso una guarentigia, una misura di cautela ed un mezzo più sicuro ed efficace di esecuzione, di cui non può essere privato il creditore unico, pel fortuito della mancanza di altri creditori. Un contrario divisamento viola i principii fondamentali dell'istituto del fallimento, perocchè il commerciante potrebbe sostituire ai molti creditori uno solo, contraendo con esso

un'obbligazione per pagare tutti gli altri e liberarsi dal pericolo di fallire, ovvero, in mala fede, pagando i creditori di minima entità, potrebbe rimanere insoddisfatto un solo creditore d'importanza e privarlo così del diritto di fare pronunciare il suo fallimento.

Nè osta che, nel caso di unico creditore non possano attuarsi alcune formalità relative alla procedura di fallimento, come la delegazione dei creditori, il concordato ed altre cose simili, perchè non sono desse assolutamente necessarie ed essenziali, ritenendosi nella cessazione dei pagamenti l'esistenza di fatto del fallimento, e nella sentenza del magistrato, che lo dichiara, la sua esistenza di diritto.

La cessazione dei pagamenti è adunque la condizione essenziale per la dichiarazione di fallimento, e non occorre indagare se si tratti di momentaneo imbarazzo o di effettiva e duratura impotenza a pagare. Imperocchè la legge si limita al fatto estrinseco della cessazione dei pagamenti, e non richiede un esame completo dell'azienda, della sua effettiva condizione e dell' equilibrio dell' attivo e del passivo. Nessuna ragione può giustificare il fatto del non eseguito pagamento, ed esonerare il commerciante dalla responsabilità di non aver pagato puntualmente. Se non che può egli dimostrare di essere vittima di circostanze impreviste, eccezionali e transitorie, di avere un attivo superiore al passivo, e quindi chiedere ed ottenere la moratoria. Tale unico rimedio gli si offre dalla legge per conciliare un sentimento equitativo col rigore del diritto e con le esigenze economiche che i pagamenti siano effettuati alla scadenza.

Non può ora più farsi distinzione tra sospensione e cessazione dei pagamenti, perchè il vigente codice di commercio riguarda la puntualità dei pagamenti siccome fondamento allo sviluppo progressivo ed alla prosperità del commercio, *ed il cessare dal fare i pagamenti* cui accenna l'art. 683 testè ricordato, involve tanto la cessazione temporanea o sospensione, quanto la cessazione definitiva dei pagamenti. Oltre a ciò, sino alla domanda di dichiarazione di fallimento può dubitarsi se un commerciante abbia sospeso soltanto o cessato di adempiere alla sua obbligazione, ma quando siasi chiesta quella dichiarazione e tuttavia si persista a non pagare, vi ha effettiva cessazione di pagamenti.

Nè vale il dire che i mezzi ordinarii di esecuzione siano sufficienti al creditore unico per ottenere sul patrimonio del debitore il soddisfacimento del suo credito, perocchè il debitore può avere compiuti atti lesivi del suo patrimonio, distruggendolo in tutto o in parte, o aggravandolo di pegni e di ipoteche, ed il creditore unico, con la pronuncia del fallimento, raggiunge quegli effetti immediati *ope legis* che altrimenti dovrebbe conseguire con azioni diverse, basate sulla frode che non è di facile indagine e dimostrazione.

Indarno potrebbesi invocare l'art. 705 del ridetto codice in cui si legge: *il solo rifiuto di alcuni pagamenti per eccezioni che il debitore in buona fede possa credere fondate, non è prova della cessazione dei pagamenti.* Ed in vero il giudizio relativo al credito dell'Amirante contro la Mormone, come di sopra si è accennato, diede

luogo ad una sentenza definitiva del Tribunale confermata in appello da questa Corte che accertava la somma dovuta dalla Mormone all'Amirante; per modo che le eccezioni contrarie della Mormone furono totalmente respinte, e l'ulteriore resistenza di lei la costituisce in mala fede, non potendosi giammai ammettere che un vagheggiato ricorso per cassazione contro la sentenza della Corte confermativa di quella del Tribunale che condannava la Mormone al pagamento di lire 2267,50 in favore dell'Amirante con gl'interessi commerciali e le spese del giudizio, autorizzi essa Mormone all'ulteriore inadempimento della sua obbligazione.

Attesochè inoltre con la precedente sentenza della Corte si volle abilitare la Mormone a provare con documenti le attività del suo patrimonio, ed ella, credendo di ottemperare a ta'e sentenza, ha esibito due istrumenti dai quali risulta di avere il suo defunto marito Agostino Vairano acquistato alcuni immobili che, per la morte di costui, sono passati in proprietà dei figli e per una quarta parte in semplice usufrutto a lei come coniuge superstite. Ha esibito pure un foglietto dell'Agente di cambio signor Verducci che dimostra di avere la Mormone acquistato nel 19 novembre 1896 lire 150 di rendita italiana.

I detti immobili consistono in due botteghe ed in un quartino. Le botteghe sono adibite dalla Mormone all'esercizio del suo negozio, e non offrono per conseguenza alcuna rendita. Nel quartino la Mormone abita coi figli, e perciò esso è intangibile da parte dei suoi creditori.

Il certificato di rendita non si è prodotto nè si dimostra che esso sia tuttavia di proprietà della medesima debitrice. Di talchè manca ogni sostrato di certezza dell'attività patrimoniale di costei, per dirsi migliorata la sua situazione giuridica.

A nulla poi approda la dichiarazione di un tale Gaetano Calabrese che attesta di aver fornita alla Mormone la farina per la sua industria di panettiera dal novembre 1895 a tutto luglio 1896 e di avere ricevuto il pagamento del relativo prezzo, perchè ciò per nulla influisce sul credito goduto in piazza dalla stessa Mormone.

Attesochè, per le premesse osservazioni, si rinvengono nella specie tutti gli estremi prescritti dalla legge a far dichiarare il fallimento della Mormone; onde è mestieri rivocare la impugnata sentenza ed accogliere la dimanda proposta dall' Amirante con gli atti del 14 e 26 agosto 1896, facendosi diritto allo appello in esame.

Attesochè la soccumbenza trae seco l'obbligo del pagamento delle spese di giudizio di prima e seconda istanza, e perciò la Mormone deve essere condannata a tali spese, le quali, con privilegio, vanno poste a carico della massa del fallimento.

Per questi motivi.

. . . .

CORTE DI APPELLO DI NAPOLI (Sez. 1.ª) — *13 maggio 1897*

NUNZIANTE *P. P.* — CONTI *Est.*

Volpe c. Guevara Suardo

Giuramento decisorio — Erede — Prescrizione — Scienza negativa — Validità (art. 2142 C. C).

Il giuramento decisorio deferito all'erede ai fini della prescrizione dell'art. 2142 C. C. è validamente prestato quando chi giura afferma di non aver conoscenza dell'esistenza dell'obbligazione.

Attesochè il signor Giuseppe Volpe con atto del 12 dicembre 1895 convenne innanzi il Tribunale di Napoli i signori Carlo ed Inigo Guevara Suardo, quali eredi del germano Gaetano, e della madre signora Carolina Filangieri, e chiese la loro condanna al pagamento di lire 16800 valuta di due cambiali l'una del di 8 ottobre 1876 l'altra del dì 10 ottobre 1877, scadute nella fine di ottobre 1885 accettate dal loro autore Gaetano Guevara Suardo. Avendo i convenuti eccepita la prescrizione quinquennale e decennale, il Tribunale con sentenza del 9-12 febbraio 1896 dispose che i medesimi avessero giurato sul se avessero essi notizia che le obbligazioni sottoscritte da loro fratello Gaatano Guevara a pro del Volpe, l'una del dì 8 ottobre 1896 per lire 8300 l'altra del 18 ottobre 1877 per lire 8500 non sieno state estinte.

Questa sentenza passò in giudicato, ed essendo nelle more del gindizio trapassato Carlo Guevara Suardo, il solo Inigo prestò il giuramento nei seguenti termini.

Giuro di non conoscere che vi sieno state obbligazioni, comunque contratte col nominatomi signor Volpe e tanto meno conosco le accusatemi date dell'ottobre 1896 e dell'ottobre 1877 a firma del mio signor fratello Gaetano Suardo.

Ad ogni modo debbo sostenere, nel caso che le stesse sieno esistite che la loro estinzione sia avvenuta, perchè da ciascuno mi si è mai tenuto proposito di siffatta pendenza. Indubitatamente il mio signor fratello me ne avrebbe parlato o ne avrebbe fatto cenno l'amministratore di casa signor Cav. Giuseppe d'Orsi. Al riguardo ne interpellai costui e mi significò in risposta che non mai avea sentito a parlare del Volpe e di obbligazioni contratte dal mio fratello verso esso Volpe e poi estinte. Per altro torna convenevole che io faccia conoscere al Tribunale che dopo il decesso di nostro padre, tutti di accordo nel 1882 togliemmo tutte le obbligazioni ovunque formate restando libero di ogni altro impegno giuridico, e specialmente nel riguardo del fratello Gaetano.

Prestato in tali termini il giuramento, Volpe riappuntò la causa per la decisione, e chiese contro il solo Inigo il pagamento della sua quota in lire 14C00, riservandosi di procedere contro gli eredi del defunto Carlo. Inigo dedusse che occorreva la citazione degli eredi del defunto germano. Il Tribunale con sentenza del 26 agosto 1896,

ritenne non necessaria la citazione degli eredi di Carlo una volta che la domanda di pagamento era ridotta alla quota del convenuto; ritenne validamente prestato il giuramento; ritenne che la estinzione risultava anche da altre circostanze, e respinse la domanda.

Avverso questa sentenza hanno prodotto appello principale il Volpe, ed incidentale subordinato Inigo Guevara Suardo che si duole di non essere stato citati gli eredi di Carlo Suardo.

Attesochè l'appellante principale dice inefficace il giuramento prestato dal Guevara Suardo, perchè mentre avrebbe dovuto giurare sul se avesse notizia della estinzione dell'obbligazione espresse invece giudizii e congetture le quali non sono dalla legge ammesse allorchè prestasi il giuramento decisorio.

Attesochè è da ricordare che il Tribunale con la sentenza del 7-21 febbraio 1896, che dispose il giuramento, ritenne che trattandosi di cambiali create sotto l'impero del Codice del 1865, la prescrizione era presuntiva, e non estintiva, ed a termini dell'articolo 2142 codice civile, ordinò che gli eredi del debitore giurassero sul se avessero notizia della non estinzione.

Attesochè l'art. 2142 codice civile prevede due ipotesi; 1ª che la prescrizione sia opposta da quelli che assunsero l'obbligazione, e 2ª che sia opposta dai loro eredi. Nella prima ipotesi il giurante deve dire, se accetta, che realmente ha avuto luogo la estinzione; nella seconda ipotesi il giurante deve accertare se ha notizia che il debito non sia stato estinto. La prima ipotesi non è compatibile con la allegata inesistenza dell'obbligazione, mentre lo è la seconda, e la remissione alla coscienza del giurante intende ad accertare che nella stessa non vi sia la nozione dell'essere l'obbligazione tuttavia in vita.

Il legislatore ammise nella prima ipotesi la remissione alla coscienza del giurante per accertare l'avvenuta estinzione, che è un fatto positivo.

Nella seconda ipotesi invece l'ammise, con diversa locuzione, per accertare che il giurante avesse notizia della non estinzione. Non è più la conoscenza diretta di un fatto positivo, ma è la nozione della negazione di un fatto che s'intende accertare col giuramento, accertare cioè che il giurante escluda la conoscenza della non estinzione, ed è questo il solo obietto del giuramento.

Attesochè quando, con la formola del giuramento in conformità di quanto dispone l'art. 2142 codice civile, il magistrato ordinò che Guevara Suardo dicesse, se avesse notizia della non estinzione, non intese certamente, che il medesimo giurasse se avesse conoscenza della soddisfazione, ma intese che il medesimo dichiarasse se dalla sua coscienza fosse esclusa la notizia della non estinzione. Or leggendo la risposta data dal giurante apparisce manifesto che il medesimo col dire di non conoscere l'esistenza delle obbligazioni del germano verso Volpe venne ad adempiere il mezzo istruttorio, perchè escluse che avesse conoscenza della non estinzione. Epperò il prestato giuramento è efficace a far ammettere l'eccezione di pre-

scrizione. La spiegazione, ch il giurante diè alla risposta, non vale ad inficiare la validità del giuramento prestato perchè *utile per inutile non vitiatur*. Nè può dirsi che il Guevara Suardo abbia espresso delle congetture, e non già manifestato la sua conoscenza, perchè egli disse di non sapere della esistenza delle obbligazioni, ed esistendo di ritenere che fossero estinte.

Attesochè d'altra parte la conoscenza della estinzione egli affermò pure nell'ultima parte delle risposte, e spiegò che i debiti del germano furono tutti estinti. Le circostanze che egli riferì spiegano sempre più quanto ebbe poi a dedurre, cioè che l'accettazione fosse di carattere del germano, che rilasciò in bianco le cambiali, le quali furono soddisfatte, e poi non ritirate capitarono nelle mani del Volpe che non fu mai debitore, e che se ne avvalse in giudizio contro gli eredi. Questa deduzione trova riscontro nelle circostanze emergenti dagli stessi titoli, come la carta del 1869, la data del 1876 e 1877, la scadenza dopo nove anni a fine 1895, la citazione poi perenta del 1890, il carattere dell'accettazione diverso da quello della scadenza, e della data, scadenza e data che sono impugnate.

Attesochè se col giuramento fu esclusa la conoscenza della non estinzione, il medesimo fu efficacemente prestato, e l'impugnata sentenza è incensurabile.

Attesochè confermandosi l'impugnata sentenza non può discendersi alla disamina dello appello incidentale subordinato, che rimane assorbito.

Attesochè Volpe in grado di appello è succumbente. Art. 370 codice procedura civile.

CORTE DI APPELLO DI NAPOLI (Sez. 1.ª) — *17 maggio 1897*

NUNZIANTE *P. P.* — GUERRITOR *Est.*

Stella c. d'Abenante

Contratto — Causa — Motivo — Fideiussione — Obbligazione principale.

a) Aboliti i contratti reali la causa dell'obbligazione è nel motivo giuridico che ha indotto le parti a contrattare.

b) È obbligazione principale e non fideiussoria quella che ha per oggetto di costituirsi debitore con l'espressa promessa di soddisfare al pagamento.

Osserva in fatto che il cav. Raffaele d'Abenante convenne innanzi al Tribunale di Napoli la signora Teresa Stella, e dedusse, che costei aveva assunta solidale garentia a favore di esso attore sull'effetto cambiario del 13 gennaio 1890 di lire 28.000 a firma Rosa Bardettini in prò di Maria d'Abenante, e da questi girato al Banco con avallo di esso Raffaele d'Abenante; che tale effetto non fu pagato alla scadenza, ed esso attore ne subì le conseguenze. Onde il

Raffaele d'Abenante, chiese che la Teresa Stella fosse condannata a rivalerlo delle lire 28.000 oltre i danni e le spese.

La convenuta signora Stella, impugnando l'asserito pagamento eseguito dall'attore al Banco, inficiava così nella forma che nella sostanza la sua obbligazione.

Il Tribunale con sentenza del 3 luglio 1896 accolse la domanda, meno pei danni.

La signora Stella ha prodotto appello principale, ed il signor d'Abenante appello per incidente.

Attesochè la signora Stella assume innanzi tutto che la obbligazione da lei assunta col chirografo degli 11 gennaio 1890 sia nulla per difetto di causa. È un assunto erroneo questo; e valga il vero, secondo i giureconsulti romani, la causa significava la consegna della cosa, o l'esecuzione del fatto. Oggi siccome non si riconoscono più contratti reali, cioè consistenti nella tradizione della cosa, ma tutti sono consensuali, così per causa vuolsi intendere il motivo giuridicamente sufficiente, che ha indotto le parti a contrattare; avvegnachè non è presumibile, che taluno divenga ad una convenzione senza che ne abbia una ragione qualunque. Ora nel caso concreto se poni mente agl'intimi rapporti di parentela fra i soscrittori del vaglia cambiario, ed allo scopo pel quale veniva assunta l'obbligazione della signora Stella, si trae il pieno convincimento, che non v'è difetto di causa nel chirografo degli 11 gennaio 1890, ma in vece la causa spicca evidente, perchè un motivo giuridicamente sufficiente indusse la signora Stella ad assumere l'obbligazione, cioè per rendere servigio alla suocera Rosa Bardellini ed al cognato Mario d'Abenante, facendo loro ottenere la firma di avallo di Raffaele d'Abenante, senza di che non sarebbero stati ammessi allo sconto presso il Banco di Napoli.

Attesochè ai fini della causa odierna, la signora Stella assume bensì, che la forma concreta e legale della sua obbligazione racchiusa nel chirografo degli 11 gennaio 1890 sia quella di una fideiussione, nulla di più inesatto. La signora Stella con quel chirografo assumeva un obbligazione principale e diretta verso il signor Raffaele d'Abenante di rimborsarlo di ogni danno, spesa ed interessi per la firma di solo favore apposta dal detto d'Abenante all'effetto di lire 28.000 con scadenza 12 aprile 1890 a favore del Banco di Napoli. Per tal modo la signora Stella sarebbe tenuta in linea principale per l'intero debito, quando pure in realtà non abbia avuto alcun interesse nello affare per cui fu assunta l'obbligazione. In sostanza, l'obbligazione della signora Stella assunta col chirografo del 1890 può bene identificarsi nell'istituto giuridico del giure romano, *de constitutum debiti alieni, qui constituit se soluturum pro alio,* diverso dall'istituto della fideiussione per la forma e lo scopo.

(Omissis)

Per questi motivi.

. . . .

TRIBUNALE CIVILE DI NAPOLI (Sez. 7.ª) — *30 aprile 1897*

FLORES *Pres.* — SARTO *Est.*

Ditta Branchmann c. Fallimento Bifulco

Fallimento — Cessazione di pagamenti — Opposizione — Curatore (art. 704 e 706 C. C.).

Dopo la chiusura del processo verbale di verificazione dei crediti anche il curatore può far opposizione contro la sentenza che determina provvisoriamente ad un tempo anteriore la data della cessazione dei pagamenti (1).

Poichè le Ditte Branchmann et Probsting e Drasit et Schraubenfabri et Falkan eccepiscono preliminarmente l'irritualità dell'opposizione proposta dal curatore con l'atto del 31 ottobre 1896, tendente ad ottenere la retrotrazione della data della cessazione dei pagamenti del fallito Bifulco al 15 maggio 1895, perchè sostengono che dopo la chiusura del processo verbale di verifica il dritto di opporsi alla sentenza che ha fissata la data della cessazione dei pagamenti, spetti ai creditori del fallimento, e non al curatore. Ma cotesta eccezione manca di qualsiasi fondamento giuridico. Di vero: è fuori dubbio che l'articolo 704 del codice di commercio tratta della data della cessazione dei pagamenti del fallimento disponendo, che la si può fissare dal Tribunale provvisoriamente o di ufficio con la sentenza stessa dichiarativa di fallimento, o con altra posteriore sull'istanza di qualunque degl'int ressati; e quindi anche a richiesta del curatore, che è il principale interessato, perchè rappresenta la massa tutta; ma prima sempre della verifica dei crediti.

Segue l'art. 706, il quale invece parla della retrotrazione di cotesta data, che si ottiene mediante opposizione alla sentenza che la determinò provvisoriamente, da notificarsi nel termine improrogabile di giorni 8 dalla chiusura del processo verbale di verifica. E nel silenzio serbato dal legislatore, che non dice a chi spetta tale

---

(1) Richiamiamo l'attenzione degli studiosi su questa importante massima di grande importanza pratica. Nello stesso senso hanno deciso la Corte di Appello di Torino, con sentenze del 10 settembre 1888 (*Giurisp. Ital. 1888*, II, 664) e del 5 settembre 1890 (*Filangieri* XVI, I, 279).

Così ragionò la Corte di Torino nell'ultima sentenza: La disposizione dell'articolo 706 del Codice di Commercio è ampia e precisa; non esclude il curatore. Essendo egli investito dell'Amministrazione del fallimento e della legittima sua rappresentanza, avendo il dovere di tutelare gl'interessi dei creditori della fallita, non può ragionevolmente negarglisi l'esperimento di un'azione intesa sostanzialmente a ricuperare delle attività alla massa e ad evitare che i creditori siano defraudati nel loro avere. È bensì disposto, che tutte le opposizioni alla sentenza di cui si tratta sono discusse in contraddittorio del curatore, ma da ciò ne deriva che sia preclusa al curatore la via dell'opposizione alla sentenza stessa pel motivo che rendendosi opponente, mancherebbe il di lui contraddittorio di cui il capoverso dell'art. 706.

La legge prevede il caso più comune, ma non esclude che il curatore si

dritto, deve ritenersi che è concessa la facoltà di produrre questa speciale opposizione agli stessi interessati indicati nel detto art. 704 a cui si riporta; nè vi sarebbe ragione di escludere il curatore, il quale per garentire la massa creditoria al tempo della verifica dei crediti, che è la sede opportuna, può essere in grado di vedere con cognizione di causa, se bene o male venne fissato il giorno della cessazione dei pagamenti ad un tempo anteriore alla dichiarazione di fallimento, o se convenga invece di retrotrarla, perchè allora i creditori tutti esibiscono i proprii titoli coi relativi protesti. In opposto si verrebbe a privare il curatore che, come si è detto rappresenta la massa creditoria, di un dritto, che poi lo si vorrebbe concedere ai singoli creditori, e ciò senza una espressa disposizione di legge.

Poichè non vale trarre argomento dalle parole adoperate nel primo capoverso del ricordato art. 706, in cui è detto che tutte le opposizioni alla sentenza in parola sono discusse in contradditorio del curatore; imperocchè la legge presuppose l'ipotesi che l'opposizione sia prodotta dai creditori, ed esige che si citi il curatore che riveste la qualità accennata di sopra; mentre quando è proposta da esso curatore può convenirsi in giudizio anche il fallito, che è uno degl'interessati, come si pratica quotidianamente, e non è vietato dalla legge.

(Omissis)

---

renda opponente nell'interesse dei suoi rappresentati, nel qual caso si avvera pure la presenza in giudizio del curatore. cui mira la cennata disposizione, indipendentemente dalla veste che assume. Nè perchè l'opposizione spiegata dal curatore ponga in controversia l'interesse di taluno dei creditori. sorge perciò contraddizione nella veste del curatore. Egli è chiamato ad invigilare che nessuno dei creditori del fallito soffra pregiudizio per effetto di rapporti commerciali esistiti tra il medesimo e taluno, o più creditori; donde manifesto il dovere in lui di agire giudizialmente. indipendentemente dal numero maggiore o minore di quelli contro dei quali deve agire in opposizione.

Nè, in contrario, può addursi che contro la sentenza che fissa la data provvisoria di cessazione siano ammessi a fare opposizione tutti quelli che possono chiedere la determinazione della data giusta l'art. 704 cod. comm.. tra i quali non è il curatore, perchè non esiste ancora al momento in cui la sentenza, che determina la data, viene pronunciata.

Infatti il curatore rappresenta ogni singolo creditore. e siccome il diritto e relativo interesse di ogni singolo risulta al tempo della pronuncia della cessazione, si concentra nel curatore, ed è dal medesimo rappresentato e tutelato, così il curatore ha veste e qualità per fare opposizione, a senso e nei termini degli articoli 704, 706 del cod. di comm., mirando, come mira, a tutelare diritti e interessi, che già preesistevano alla sentenza di cui all'art. 704.

Fra gli scrittori il Prof. Bolaffio è recisamente contrario a questa massima e la combatte recisamente.

Avv. F. Parisi

PARTE TERZA — BIBLIOGRAFIE

Avv. Francesco Tortora — *I danni morali* — **Salerno, Tipografia Jovane 1897.**

Questa monografia del *Tortora*, giudice al Tribunale di Salerno, non appartiene alla volgare categoria dei raffazzonamenti; ma è un lavoro per buona parte originale. Egli esamina l'importante argomento se il danno morale sia risarcibile in danaro.

L'A. determina l'indole del danno morale col definirlo: « *Quel danno causato da un fatto illecito dell'uomo, che, lungi dal diminuire il patrimonio materiale, lede il morale di colui che lo subisce* »: esamina le legislazioni e i principali scrittori (Ardts, Laurent, Pacifici-Mazzoni, Giorgi), che ammettono la risarcibilità in danaro del danno morale, e dichiara che egli, è di avviso che per diritto romano e per gli articoli 1151 e 1152 codice civile sono risarcibili soltanto quei danni causati dal fatto illecito dell' uomo, che colpiscono il patrimonio materiale di colui che li ha subiti, e di conseguenza esclude in modo assoluto la risarcibilità in moneta dei danni morali in diritto civile.

Questo suo assunto l' A. lo dimostra col diritto romano, in quanto che emerge chiaramente dalla Legge Aquilia che il diritto romano contemplava la risarcibilità dei soli danni patrimoniali ed escludeva espressamente dal punto di vista civile quella dei danni morali; e col codice vigente, giacchè la parola *danno*, che si legge negli articoli 1151 e 1152 codice civile, riguarda il solo danno patrimoniale.

E l' A. rimane fermo in questa sua opinione, perchè non è possibile la valutazione in moneta dei danni morali; tanto è ciò vero che si notano non pochi pronunziati di magistrati, i quali, lungi dall'adottare criterii di liquidazione certi o saldi, si sono affermati all' unica ancora di salvezza del *prudente arbitrio del giudice;* e quindi confuta tutti gli argomenti contrari alla sua tesi.

Con questo finisce la monografia, che merita tutta l'attenzione degli studiosi sia per l'argomento importantissimo, sia per il coraggio dell'A. di sostenere nettamente questi principii in difformità di quasi tutta la dottrina giuridica, se ne escludi il Gabba e qualche altro, e di tutta la giurisprudenza.

Solo avremmo desiderato maggior correttezza di forma e che l'A. avesse lasciato da parte i *rimanghiamo* (pag. 14) e i *invenghiamo* (pag. 15). Però, ripetiamo ancora una volta, queste cose per altro non tolgono che il lavoro sia buono e utile.

F. Parisi

Mandarini—*I Codici Manoscritti della Biblioteca Oratoriana di Napoli.*

Il Padre Enrico Mandarini dell'Oratorio, Sopraintendente al Monumento Nazionale dei Girolamini e socio dell' Accademia Pontaniana, ha dato alla luce testè *I Codici Manoscritti della Biblioteca Oratoriana di Napoli.*

L'opera, compresa in un sol volume in 4° corredata di figure illustrative, abbraccia la recensione di 362 Codici membranacei e cartacei, dei quali la maggior parte data dal XII al XVI Secolo.

Figurano fra essi parecchi manoscritti finora del tutto ignorati e sono altresì messi in luce 721 opuscoli contenuti nei miscellanei.

L'illustrazione è preceduta da un cenno storico in cui la Biblioteca dell'Oratorio di Napoli viene brevemente descritta nel suo artistico prospetto, nelle sale; nella ricca suppellettile che si compone dei fondi Filippino, Vallettiano, Troyano e Gervasiano, nei suoi manoscritti incurabili, edizioni rare, iscrizioni lapidarie, antiche monete, vasi etruschi, illustri ricordi.

Quest'opera compilata con vero intelletto d'amore ha lo scopo sopratutto di servir di guida e lume ai bibliofili ed agli studiosi delle antiche patrie memorie, è stata già premiata dalla R. Accademia di Archeologia. Lettere e Belle Arti di Napoli, e di essa ci riserbiamo discutere più per minuto, specie per la parte attinente al giure, appena avremo avuto agio di studiarla per davvero e rilevarne i molteplici pregi ed utilità.

Viganotti-Giusti e Angeloni. — *Manuale della giurisprudenza del codice civile italiano.* — **Milano, Tipografia del Commercio 1897, Lire 5,00.**

Lo scopo di questa nuova pubblicazione, dopo le diverse altre di questo genere, è indicato dagli Autori nella prefazione: « Al momento di rispondere ad un verbale consulto e meglio ancora durante le discussioni in pubblica udienza, nelle quali sono così facili le sorprese. non è possibile di profittare delle ordinarie raccolte di giurisprudenza, in vece un modesto manuale che presenti articolo per articolo le massime decise, con la indicazione della sentenza, della Magistratura che l'ha pronunziata, e delle parti, supplisce al bisogno del momento e facilita sempre la ricerca e lo studio della intera sentenza. »

PARTE PRIMA-DOTTRINA

L'articolo 575 p. c. ed i creditori chirografari

1. Per tanti anni è stato articolo di fede che l'art. 575 p. c. facesse un privilegio agli ipotecari di surrogarsi al creditore istante, che abbandona la procedura. Ma ecco che un bel giorno la Cassazione di Napoli si scioglie dall'oblio per un ardimento virile, sentenza del 9 genn. 1893: « Tutti i creditori, i chirografari come gli altri, godono di una tale facoltà. V' è un ius singulare per gl'iscritti: —quello di potersi sostituire anche all'udienza (1). »

Così è cominciato a barcollare quel divieto, che per tanti anni aveva fatta la gioia e la delizia dei debitori, e messi i chirografari nella condizione dei primi nostri padri di rincorrersi attorno al frutto proibito.

La quistione ch'io sappia non è stata approfondita, se non forse come quella del professore che aveva sposata una donna, *conosciuta* da tutta l'Università. « l'entame, messieurs, un sujet qui n'est pas neuf et qui souvent à été approfondi par nos docteurs ». L'uditorio con una risata generale confuse le investigazioni ed il maestro.

Il solo Parisi, in una nota stringente (2), ha rilevati uno per uno tutti gl'inconvenienti del vecchio principio; ma i limiti della nota non gli permisero una ricerca più larga.

2. Cominciando da quella che potrebbe dirsi vita *intra uterina* dell'articolo, per vederne le fasi subite nel periodo di gestazione, e chiarirsi meglio della fisonomia che è venuto assumendo i lavori preparatori. Di particolare per la quistione vi si trova molto poco: questo è quel che v'è da raccapezzare.

« Un commissario osserva che ammettendosi, come pare da ammettere, la surrogazione dei creditori iscritti al creditore istante anche all'udienza in cui si procede all'incanto, ciò si dovrebbe dichiarare, perchè l'art. 575 in cui si parla della surrogazione è tutt'altro che esplicito a questo riguardo. O piuttosto senza par-

(1) Feroce e Narici (*Giuris. Ital.* 1893. I, 1, 368).

(2) Veggasi questa *Racc.* VI, 526. Devo dissentire da lui sul principio che egli pone a fondamento della facoltà di surrogare, seguendo il Gargiulo ed altri: l' *unicità* del giudizio di espropriazione. Esso lo è invece dell'art. 661 p. c.; nella surrogazione non si tratta di vedere se un altro creditore possa o no fare altro procedimento esecutivo, ma se gli è consentito continuare quello istituito da altro creditore. Ora come l'unicità del giudizio può creare il diritto a surrogare l'istante negligente?

larsi di surrogazione, potrebbe dirsi che qualunque dei creditori iscritti, dietro istanza sul processo verbale d'udienza, avrà facoltà di procedere all'incanto.

« La Commissione ammette che nell'art. 575 o altrove secondo che apparirà meglio nel lavoro della redazione, sia da significare il concetto che i creditori iscritti possano farsi surrogare al creditore istante anche all'udienza in cui ha luogo l'incanto. »

Non *è di ragion pubblica* se primitivamente l'articolo stabilisse un diritto di successione legittima pei soli ipotecari all'istante negligente, mancandovi la licenza di dargli il gambetto anche all'udienza, ed i nostri Confuci vollero aggiungervi anche questa, oppure conservasse la disposizione del codice francese, che permette di sostituirlo ai creditori che hanno trascritto. Per quanto avessi chiesto e cercato, non ho potuto avere il testo originario, quale andò all'illustre Consesso, che gli rivedè le buccie (1).

3. Del resto, quali che si fossero le vicende dell'articolo, se esse potrebbero servire a conoscerne la storia non sarebbero sufficienti a stabilirne l'interpetrazione.

Questa deve cercare l'organismo della legge e fissarne il sistema ed il principio, su cui si aggirano le diverse disposizioni.

Il codice non è un papiro egiziano, che bisogna scoprire lettera per lettera, e trovare la formola dei misteri eleusini. Più di quel che dice, è quello che vuol dire, ed anche qualche volta quello che deve dire, che è mestieri cercare. Per codesto i lavori preparatori, che non di rado mancano di qualsiasi disegno, non sono nè la via sicura, nè pruova infallibile. Possono dire quale fosse il pensiero primitivo del legislatore; ma esso è sempre quello della legge?

Nella dottrina è controverso quale sia il loro valore. Gli uni ritengono che forniscono un'interpetrazione autentica, qualora derivi da tutti i fattori legislativi; altri chiedono che l'unanimità risulti da concordi espresse dichiarazioni dei fattori relativamente al senso del verbo legislativo. Così sarebbe decisiva l'interpetra-

---

(1) Quel flor di cortesia che è l'avv. L. Sarnelli, acuto e che ha pochi pari pel suo valore, mi ha indicata una nota dell'avv. G. Ruta alla sentenza della nostra Cassazione (Foro It. 1893, I, 845). Questi dice che l'art. del Progetto era così concepito: « Quando il creditore che sostiene la procedura di esecuzione trascura di continuo i creditori che presero parte all'esecuzione mobiliare, ed i creditori iscritti nel caso di esecuzione immobiliare potranno chiedere di essere surrogati ».

Per l'avv. Ruta sarebbe risoluta la quistione, ed i soli iscritti devono ritenersi il popolo eletto. Ma è risoluta per i lavori preparatori, non per la legge. Se codesto fosse il testo della stessa senza dubbio l'andrebbe come vuole intenderla l'egregio annotatore e critico. Invece è la dicitura dei lavori preparatori, quali hanno apparecchiati più dubbi che buoni precetti di legge. Essi significano quel che volevano preparare, ma non quello che si è ammanito. Si deve invece guardare al sistema del codice ed alla dizione dei suoi articoli.

zione data nella sua relazione dal Governo, che propone una legge se gli altri fattori l'accettano senz'altro (1).

Un es. chiarirà questo punto. Per l'art. 326 c. civ. l'interdizione può essere promossa da qualsiasi *congiunto*, dal coniuge e dal pubblico ministero. L'art. fu tolto quasi alla lettera dal cod. albertino, nel quale la parola *congiunti* fu sostituita a quella di *parenti* del cod. di Napoleone. Ciò testualmente dicono i lavori preparatori del cod. alb. volendosi estendere anche agli *affini* la facoltà. Intanto la nostra dottrina e giurisprudenza hanno sempre ritenuto che *congiunti* significassero i soli *parenti;* e codesto contro la disposizione testuale e la storia dell' articolo. Perchè? Per un argomento semplicissimo. L' interdizione ha il suo fondamento in una ragione patrimoniale; è strettamente legata alla successione. Coloro che devono succedere hanno interesse e perciò solo un *diritto* a conservare i beni dell' interdicendo.

4. Non rimane perciò che trovare il principio fondamentale adottato dal codice pel giudizio di espropriazione, ed il concetto o norma giuridica su cui poggia la surrogazione.

Per regola i giudizi sono di natura individuale. Altri non può parteciparvi se non vanta un diritto, comune con le parti litiganti, sull'oggetto di cui si disputa o su cui si agisca.

La facoltà di surrogarsi all'istante sorge quando si sia realmente od implicitamente parte del giudizio; quindi non può avere altro fondamento, che la comunione del procedimento esecutivo fra i creditori. Senza la comunione mancherebbe il sostrato a poter un creditore succedere all'altro nell'esecuzione da questo istituita. Questa nel suo sviluppo e per lo scopo è qualcosa di affatto esclusivo al creditore che agisce. Nè la comunione potrebbe sorgere dall' essersi fatte da più creditori esecuzioni sul medesimo oggetto: sarebbero sempre tanti procedimenti distinti. La comunione, implicita al giudizio esecutivo, germoglia, deriva dall'identità dell'oggetto su cui vantano gli altri creditori diritti pari a quello di colui che fa l'esecuzione: ossia è un oggetto comune fra essi. È la cosa comune dunque che crea e può far sorgere fra i creditori una comunione di giudizio, onde l'uno possa proseguire quello cominciato da un altro.

Or qual'è la disposizione di legge su cui la si fonda? L'art. 1949 c. c. « I beni del debitore sono la comune garentia di tutti i suoi creditori ».

Da questo articolo derivano le garentie speciali: privilegi ed ipoteche, il giudizio di esecuzione dei beni del debitore, la sua *universalità*, la facoltà dei creditori di surrogarsi, e la fusione

---

(1) Sul valore ed autorità dei lavori preparatori vegg. Goldschmidt, *Riv.* pel D. comm. X p. 40 e seg. *Tratt. del D. comm.* 2° ed. I p. 312 seg. — Meyer. *Contrib. di Grt.* XXIII, p. 1, seg. Deutschmann, *ibid.* XXIV p. 817 — Seuff. *Arch.* XXX. 219. Kohler. *Riv.* di Gruen. XIII. *1* — Hoelder. *Pand.* § 8 Oss.

del procedimento per la vendita con quello della graduazione. Ecco un bel sorite giuridico.

Essendo i beni del debitore la comune garentia dei suoi creditori, e vantandovi ciascuno di essi un diritto, quando uno agisce su di un cespite qualunque o su tutti, istituisce un giudizio comune, o di natura universale come vedremo.

E di fatti, tutti i creditori saranno egualmente soddisfatti dei loro crediti da tal giudizio in proporzione dei loro averi.

Le prelazioni se qualche volta fanno restare incapiente qualche creditore, che può essere anche ipotecario, niente tolgono al principio della comunione.

5. La facoltà di surrogare, non c'è dubbio, è una conseguenza di quella di espropriare; si può dire una forma minore od attenuata della stessa. Il legislatore non la concede per sua liberalità; essa ne viene ai creditori per un diritto proprio, quello dell'art. 2076 c. c. « Il creditore per conseguire il pagamento di quanto gli è dovuto può far subastare gl'immobili del suo debitore ». Questo articolo è figlio del 1949.

È troppo evidente che gl'iscritti possono dimandare di surrogarsi, ma non per la loro ipoteca, che per sè stessa non significa niente, salvo la prelazione secondo il suo grado; bensì pel loro diritto di espropriare i fondi. Ora la facoltà di collocare a riposo con un bel titolo l'istante, potrebbe restringersi ai soli ipotecari nelle *vecchie leggi*, quando era permesso ad essi soltanto di fare il giudizio esecutivo contro il debitore. Ma essendosi tolta tale *capitis diminutio* pei chirografari, e concesso anche ad essi di agire sui beni, viene loro ad estendersi anche di licenziare l'istante, e pigliarne il posto e la procedura.

Altrimenti vi sarebbe una contradizione flagrante nel codice, che permetterebbe il più e negherebbe il meno, che è poi effetto naturale del primo. Ognuno intende che surrogare è una facoltà non solo compresa in quella di espropriare, ma anche una parte ed un lato soltanto di questa.

L'art. 575 non può interpetrarsi isolatamente; deve mettersi in armonia dell'organismo del codice pel procedimento esecutivo. Esso deve spiegarsi secondo il sistema generale adottato e non in contradizione di questo.

Prima regola d'interpetrazione è che il codice sia un sistema armonico, e non si devono intendere i diversi articoli così che l'uno faccia grinze con l'altro.

L'art. 2076 concede a tutti i creditori il diritto di agire sui beni, senza alcuna restrizione, quindi tutti con pari trattamento ne hanno i diversi poteri che ne derivano. Per esso i chirografari sono usciti fuor dei minori, e non più gl' iscritti debbono dirsi i creditori aulici e gli altri i creditori od animali di bassa corte.

L'unica obbiezione, formale, è che i giudizi sono di natura singolare. Ma il codice ha provveduto anche a codesto. Con l'ar-

ticolo 1949 c. c. avendo fatti i beni del debitore la guarentigia comune di tutti i creditori per la soddisfazione delle loro ragioni creditorie, ha reso comune il relativo giudizio di esecuzione per farle soddisfare. Il codice, nei lavori preparatori e più con le sue disposizioni, lo ha detto e reso di natura *universale*.

6. Le ipoteche ed i privilegi non stringono alcuna parentela fra i creditori, e ne fanno una sola famiglia. Sono anzi un *simbolo* di isolamento fra essi, pel grado esclusivo di ciascuno. L'istante non rappresenta punto tutti i creditori, od i soli iscritti, specialmente se fosse chirografario. Agendo su beni, su cui tutti gli altri hanno un diritto da tutelare, e ragioni da farsi soddisfare, il suo procedimento non è più esclusivo, ma comune a tutti, i quali possono intervenire per far collocare i loro crediti.

L'*universalità* del giudizio di esecuzione immobiliare sgorga da tante disposizioni del codice di procedura, che è inutile ricordare. È detta anche esplicitamente nei Lavori preparatori.

Seduta del 19 maggio 1865, verb. n. 23. — « Ad esempio di quanto è stabilito nel codice pel cantone di Ginevra si volle nel Progetto fare della subastazione e della graduazione un *giudizio solo*. Quindi con atto di comando s'inizia un giudizio *universale*. del quale son chiamati a far parte tutti i creditori con la notificazione del bando ».

Non può mettersi in dubbio che la graduazione sia un giudizio universale in cui tutti i creditori possano intervenire. Or con la fusione avvenuta col procedimento della vendita i chirografari si trovano a partecipare anche a questo, essendo tutto divenuto un solo giudizio. La graduazione non comincia quando la vendita sia finita, essa non è più distinta da questa, ma incorporata, interamente fusa col procedimento della stessa ed è un suo svolgimento. Laonde è un vieto linguaggio quello che l' espropriazione si faccia nell'interesse dei soli ipotecari e perciò soppiantarsi una leccornia riservata per essi. L' universalità del giudizio ristretta solo ad essi non si intende più e non saprebbesi concepirne la ragione. O l' universalità deriva dalla garentia comune per tutti i creditori dei beni del debitore, o essa mancherebbe di qualsiasi base, e la surrogazione non avrebbe su che poggiarsi.

A questo punto può scorgersi tutta la finezza *incosciente* del nostro codice, con le due disposizioni dell'art. 575 e 661 pr. civ.

Qualcuno, così a occhio e croce, si farebbe trarre facilmente in inganno, credendoli frammenti buttati a caso, che non si son saputi neanche accozzare. Forse che non sono quasi identiche le due disposizioni?

Tutt'altro. L'art. 661 tratta di più creditori, di cui ognuno ha istituito un giudizio e non contempla punto la surrogazione. Il secondo creditore che procede, continua la propria esecuzione sugli atti propri, e non si sostituisce al precedente.

Invece l'art. 575 tratta esclusivamente della surrogazione. Gli

altri creditori non hanno fatto atti di sorta, essi continuano il procedimento dell'istante appunto perchè il giudizio è comune.

Per l'art. 661 e con le trascrizioni dei diversi precetti, atto esecutivo, non si forma alcun legame fra i trascriventi, nè sorge un procedimento comune. Quello di ciascuno resta isolato, e la sospensiva messa dal codice ai posteriori trascriventi è tolta dal magistrato che autorizza il secondo creditore a proseguire l' esecuzione da *esso lui* istituita. Invece per l' art. 575 un legame intimo, che non deriva da atti di sorta, che non se ne son compiti, rende tutti i creditori partecipi al giudizio da chiunque istituito, e permette che qualunque possa continuarlo.

7. Guardiamo ora un po' la storia della surrogazione. Nel codice francese essa propriamente non esisteva quantunque nominata col suo proprio nome. A rigor di significato non v'era che la disposizione dell'art. 661, cioè che se il primo trascrivente divenisse smemorato, il secondo creditore poteva farsi esonerare dall' inerzia cui era costretto dal codice , e procedeva oltre nel giudizio istituito. Codesto non è la surrogazione, il cui concetto importa essenzialmente il sostituirsi nel giudizio da altri incominciato.

Art. 721. « Faute par le premier saisissant d'avoir poursuivi la seconde saisie à lui demonée, conformement à l'article ci-dessus, le second saisissant pourra, par un simple acte, demander la subrogation.

722. La subrogation pourra être également demandée s'il y a collusion, fraude, ou negligence, sous la réserve, en cas de collusion ou fraude, des dommages-intérèts envers qu'il appartiendra.

724. Lorsqu'une saisie immobiliére aura été rayée, le plus diligent des saisissants postérieurs pourra poursuivre sur la saisie, encore qu'il ne se soit pas présenté le premier à la transcription.

8. Gli scrittori francesi si divisero in quattro schiere. L'una spuntava le armi in difesa della fede: la surrogazione è permessa ai soli creditori che avessero fatto esecuzione sugli stessi beni. L'altra scagliava i fulmini perchè concorrendo collusione, frode o negligenze ogni creditore fosse in diritto di continuare gli atti. Una terza era tutta fiamme e fuoco perchè ogni creditore, senza bisogno di alcun preambolo di atti esecutivi, potesse sostituire il creditore che trascurava la procedura. Finalmente il Boitard, *Leçons de procédure civile*, conchiudeva: Refuser ce droit aux créancier chirographaires, ne c'est pas ouvrir la parte à la fraude que je signalais en exposant la troisiéme opinion? Ne c'est pas donner au debiteur le moyen de rendre illusoires les droit des créanciers chirografaires, en faisant faire par un prète-nom une saisie immobiliére qui ne seriait pas sérieuse, et que le saisissant abbandonnerait plus tard? »

Lasciando da parte l'erudizione, facile sapienza per la quale anche gli eunuchi diventano prolifici, passiamo al codice par-

mense, che mutò la disposizione del codice francese. Esso cominciò il nuovo diritto ed introdusse gl'ipotecari.

Art. 862. « La surrogazione può essere domandata da tutti i creditori, ai quali sia stata fatta la significazione ai termini dell'art. 842. »

Art. 842. Il creditore pegnorante significherà agli altri creditori che hanno notificate le loro ipoteche sui fondi pegnorati un estratto contenente......

Dagli ipotecari la legge napoletana del 29 dicembre 1828 concesse i *diritti civili* a tutti i creditori. Art. 121. « Mancando il primo pegnorante di procedere sul secondo pegnoramento, già a lui denunziato, il secondo pegnorante, o *qualunque altro creditore* in forza di titolo esecutivo, iscritto o *non iscritto* potrà dimandare la surrogazione ».

Infine il codice italiano estendendo anche di più ha consentito agli iscritti di farlo anche all'udienza. Manca una sol cosa, e sarebbe stato compito della dottrina, allargare l'estensione anche ai chirografari. Non sa vedersi una ragione plausibile dell'ostracismo loro dato.

9. Il codice non è un trattato di diritto. Esso non può esporre i principii. Deve dettare disposizioni che ne dichiarano e regolano le applicazioni principali, e comprendere tutte le singole ipotesi.

Il silenzio del codice mostra con quanta intelligenza fosse stato formato in questa parte e che i nostri legislatori avevano il bernoccolo *legiferante*. Un' esplicita dichiarazione della facoltà di surrogarsi in tutti i creditori sarebbe stata manifesta pruova d'incoscienza del sistema accolto. Ecco perchè l'art. 575 non dichiara di concederla ai creditori, ma dice soltanto che agli iscritti è consentito di surrogarsi all' udienza.

Credo, *Deo iuvante*, di aver levate le repliche; se mi sono ingannato, *parcete mihi*. Ma chi ha un sinsin di mitidio non crederà ad una contradizione del codice col suo organismo e che allargando la disposizione del codice napoletano, miseramente poi la restringesse nella parte più logica.

Camillo Casilli

PARTE SECONDA - GIURISPRUDENZA

CORTE DI CASSAZIONE DI NAPOLI — 23 *aprile 1897*

CIAMPA *PP.* — ABATEMARCO *Est.*

Lovecchio-Musti (Prof. S. Jannuzzi) c.° Diana (avv. E. Wanderlingh)

Cambiale — Condanna provvisoria — Perenzione (art. 324 p. c.).

La sentenza, che condanna provvisoriamente al pagamento in virtù di cambiale, è soggetta a perenzione, quando ordinatasi la verificazione in prosecuzione del giudizio sulla impugnativa della sottoscrizione, questo procedimento è caduto in perenzione (1).

---

(1) Su questa importante quistione vedi la monografia dell'avv. E. Wanderlingh (*Mov. Giur.* VII, pag. 81) e l'articolo dell'avv. de Divis nel *Pisanelli* (V. 35). Dalla memoria poi del Prof. Iannuzzi, presentata innanzi la Corte di Cassazione a sostegno del Ricorso per cassazione trascriviamo il seguente brano.

« Il concetto nella materia è questo: estinta la procedura, per la perenzione, alcuni frammenti del giudizio rimangono interi e si trasportano d'un pezzo nel nuovo giudizio e fra i medesimi vi ha la sentenza.

Essi però devono adattarsi alla costruzione del nuovo giudizio, nel quale si ricostituisce fra le parti il quasi-contratto giudiziario. Questo è dimostrato maggiormente dal ricordare l'art. 495 del cod. di proc. civ. del Regno Sardo, corrispondente all'art. 341 del Codice di procedura civile italiano.

L'art. 495 della procedura sarda diceva: « non ostante la perenzione se l'azione è nuovamente intentata, le parti potranno prevalersi del giuramento che siasi prestato nel giudizio perento e delle deposizioni dei testimoni in esso esaminati e resisi nel frattempo defunti, qualora del giuramento e delle deposizioni consti dai registri della segreteria del Tribunale o da processi verbali debitamente circonstanziati ».

Adunque, secondo l'articolo della Procedura sarda, corrispondente all'art. 341 della procedura italiana — articolo della procedura Sarda espressamente richiamato dalla relazione ministeriale— accaduta la perenzione le parti per prevalersi del giuramento, delle deposizioni ed oggi delle sentenze, han bisogno d'intentare nuovamente l'azione, il che significa han bisogno di una nuova istanza: ora, avendo bisogno della nuova, è chiaro che l'antica era considerata estinta. In altre parole il giuramento, le prove e le sentenze restano paralizzate e, per giovarsene, vi ha bisogno dell'*insufflatio spiritùs*, che oggi non la da nè il decreto del Principe nè il sacro regio Consiglio, *ma la nuova istanza.*

Disse bene un antico pratico: « finchè si può litigare innanzi allo stesso giudice, « si ha sempre un ritorno incessante all'istanza contestativa e fondamentale della « lite. »

Premesse le innanzi scritte cose, basta osservare, per l'accoglimento del ricorso, che la sentenza emessa ai termini dell'art. 324 del vigente codice di commercio, corrispondente al 234 dell'abolito codice, non è una sentenza terminativa del giudizio che esaurisce l'istanza.

Le sentenze che si emettono nell'evoluzione del giudizio se non toccano il punto compitore della decisione definitiva le son tutte *ordinatoriae litis.*

Giovanni Diana possessore di diversi effetti con sottoscrizione di Pietro Lovecchio-Musti lo convenne pel pagamento innanzi al Tribunale di Commercio di Bari nel 1882. Il Lovecchio-Musti dichiarò di non riconoscere come sue le firme apposte a quelle cambiali ed il Tribunale con diverse sentenze pronunziate successivamente in maggio, giugno, luglio ed agosto di quell'anno in relazione al procedimento successivamente intentato dal Diana pei diversi effetti lo condannò *provvisoriamente* al pagamento delle cambiali, ordinando però *in prosecuzione del giudizio* la verificazione a mezzo di testimoni e periti delle firme apposte alle cambiali impugnate.

In virtù di questa sentenza il Diana pubblicò altrettante ipoteche giudiziali sui beni di Lovecchio-Musti.

Alla prosecuzione del giudizio per la verificazione dette opera

Abbiam veduto innanzi che l'istanza è esaurita quando è stata tutta raccolta nella sentenza che contien la soluzione terminativa del diritto reclamato. Ma ciò non si ha nelle sentenze di condanna, emesse col *rimando delle parti alla prosecuzione de' giudizio*, nel quale devono essere esaminate le eccezioni, che non sono liquide o di pronta risoluzione. È evidente che le medesime non sono terminative della lite.

Si può dire anzi che con tali sentenze non si profferisce neanche un giudizio provvisorio sul diritto reclamato dall'attore, che agisce in forza della cambiale, ma solo si rende omaggio alla speciale forza esecutiva della cambiale medesima, nelle mani del terzo possessore di buona fede, per cui l' art. 323 del codice di commercio ha derogato agli articoli 308 e 317 del cod. di proc. civile e 31 del cod. di proc. pen. Si ha solo *un inizio dell'azione cambiaria*.

E per fermo il giudizio provvisorio suppone l'esistenza d'un diritto qualsiasi sul merito dell'istanza promossa, mentre per l'art. 234 il diritto delle parti contendenti non è in veruna guisa giudicato nè in via definitiva, nè in via provvisoria. Benissimo nota il Borsari nel comentare l'art. 234 del codice del 1865, « l'unico punto esaminato è quello dell'illiquidità e incertezza dell'eccezione proposta, perchè quando viene ritenuta di *lunga indagine* ed emessa la condanna provvisoria, il fondamento o no dell'eccezione proposta non viene punto esaminato. Or senza l'esame dell'eccezioni e difese del convenuto, è assurdo che si possa ritenere essersi pronunziato alcun giudizio, sia pur provvisorio sul fondamento giuridico dell' istanza promossa dall'attore. Non vi fu, ripetiamolo, che un conato d'inizio dell' azione cambiaria, che si conteneva nell'istanza e l'istanza essendosi perenta, quel conato, quell' inizio d'azione è svanito e *vi ha uopo*, se la stessa è possibile, *della nuova istanza*. Errò quindi la sentenza impugnata quando asserì che l' istanza era esaurita, perchè incorporata nel giudicato di condanna; il giudizio sulla domanda dello attore è inscindibile dal giudizio sulle eccezioni e difese del convenuto, non potendosi giudicare sulla prima, senza esaminare le seconde.

Ma una sentenza la quale non giudichi punto nel merito del diritto reclamato, non può mai generare l'*actio judicati*, perchè questa suppone l' esistenza di un giudizio emesso, sia pure in linea provvisoria, e le sentenze pronunziate ai termini dell' art. 234 dell' abolito Codice di commercio e 324 del vigente, non contengono—secondo innanzi abbiamo esaminato—l'ombra di un giudizio qualsiasi.

Ma oltre a ciò per aversi l'*actio judicati* vi ha bisogno di un ordine emanato dal Magistrato in maniera definitiva e non di un ordine *essenzialmente temporaneo*, e sarebbe un assurdo il dichiarare perpetuo quell'ordine, che è di sua natura essenzialmente temporaneo ».

il suddetto Lovecchio-Musti invitando il Diana pel deposito dei titoli, e poi provocando incidente per la riunione dei diversi giudizii, che fu risoluto d'accordo fra le parti.

Riuniti così i giudizii fu provveduto per le scritture di comparazione e pel giuramento del perito.

Da quanto apparisce dagli atti vien ritenuto dalla sentenza e non è contraddetto, il giudizio di verificazione non fu più proseguito.

Passarono così circa 15 anni, quando nel 2 settembre 1895 il Lovecchio-Musti convenne innanzi al Tribunale di Bari il Diana per sentir dichiarare essere caduto in perenzione il giudizio di verificazione, cessati gli effetti delle sentenze provvisorie e quindi divenute inefficaci le ipoteche pubblicate in virtù delle stesse, doversene ordinare la cancellazione. Si chiedeva anche il risarcimento dei danni.

Il Tribunale adito con sentenza dell'aprile 1895 accolse cotesta domanda, meno pei danni, pei quali faceva riserva come che non dimostrati.

Ne produsse appello principale il Diana e per incidente Lovecchio-Musti, il primo per la perenzione dichiarata e suoi effetti, il secondo per le spese non attribuite al Procuratore.

La Corte di appello accolse il gravame di Diana.

Contro questa sentenza è ricorso di Lovecchio-Musti per due motivi che saranno svolti ed esaminati qui appresso. Il primo motivo invita ad esaminare quale efficacia può avere la condanna provvisoria emessa su titolo cambiario non riconosciuto, quando, ordinata in *prosecuzione del giudizio* la verificazione della firma, il procedimento di poi rimase arrestato e perento. In altri termini occorre decidere, se nel caso suddetto la perenzione colpisca soltanto il procedimento di verificazione, e faccia salva la sentenza di provvisoria condanna con tutti i suoi effetti.

Sulla cennata quistione il Supremo Collegio osserva d'avere più volte deciso che l'art. 323 del Cod. di Comm. avendo attribuito alla cambiale per l'esercizio dell'azione cambiaria gli effetti del titolo esecutivo non le abbia perciò concesso ancora il valore probante di un titolo autentico.

Il legislatore preoccupato dalle necessità del commercio cui serve sovrana e qual moneta la cambiale, volle che il pagamento non ne fosse ritardato da dilatorie eccezioni e di lunga indagine (art. 324 cod. di comm.). La parola esecuzione offre sempre il vantaggio di sconsigliare al debitore opposizioni ed eccezioni rivolte all'unico scopo di ritardare l'adempimento della sua obbligazione, e trarre profitto dal tempo stancando e dispendiando il creditore.

Fuori di cotesta efficacia esecutiva la cambiale conserva sempre il suo carattere di scrittura privata, soggetta a tutte le impugna-

zioni ed ai relativi mezzi di pruova, consegue da ciò che, non riconosciuta dal sottoscrittore, debba procedersi alla verificazione. Compendiando il concetto del legislatore si ha che la cambiale è un titolo esecutivo; non ammette dilazione al pagamento, richiede la pronunzia della condanna, fa respingere le opposizioni al precetto, e resta salvi i diritti dell'obbligato per la discussione delle sue eccezioni in *prosieguo del giudizio.*

Per esprimere cotesto concetto più scolpitamente potrebbe affermarsi che sia il privilegio fiscale del *solve et repete* applicato alla cambiale, e siccome quello nell'interesse dello Stato favorisce ad agevolar la Finanza, così questo nell'interesse economico generale protegge ed assicura il creditore negli scambii commerciali. Ed appunto disse il legislatore *paga e poi ripeti*, quando nel citato articolo 324 dispose che le eccezioni personali di lunga indagine sono rimandate per la discussione in *prosecuzione del giudizio*, ed intanto ha luogo l'esecuzione nel caso di precetto o la condanna nel caso di citazione.

L'articolo come si legge non parla di condanna provvisoria: codesta espressione è usata dalla pratica. I termini adoperati dal legislatore in corrispondenza del suo pensiero sono che si *prosegua* il giudizio sulle eccezioni del debitore ed intanto si dia luogo al pagamento con cauzione da prestarsi dal creditore lasciata alla discrezione del magistrato.

Or quando si dice che il giudizio *prosegue*, s'intende che la lite non è definita; e quando s'impone la *cauzione*, s'intende ancora che questa deve guarentire gli ultimi eventi del giudizio. Tutto ciò dimostra apertamente che la sola forza esecutiva del titolo cambiario è rispettata dal magistrato con la condanna che pronunzia finchè la decisione sulle eccezioni proposte dal debitore non venga a toglierle efficacia.

Di certo ogni altro titolo privato impugnato non l'avrebbe avuta codesta efficacia se non verificato; la cambiale invece l'ottiene nell'interesse del commercio. L'esecuzione per essa precede quasi la cognizione col rimando alla prosecuzione del giudizio, ed in dipendenza di esso, da cui aspetta le definitive dichiarazioni del magistrato sulla validità dell'obbligazione.

Se è immutabile il principio di dritto che il Codice di Commercio ha dovuto senza dubbio mantenere, cioè che il debitore non possa essere definitivamente condannato se non per titolo giuridicamente riconosciuto efficace, ne consegue che sol la verificazione compie e consuma l'istanza. E se il procedimento per la verificazione cade in perenzione, gli effetti di questo ricadono sul possessore del titolo specialmente quando l'istanza perenta influisce sulla prescrizione dell'azione e sugli atti del procedimento stesso.

Sarebbe assurdo il supporre che il giudizio provocato dall'azione cambiaria possa dividersi in due parti una che si chiude con la sentenza di condanna e l'altra che prosegue e termina sulla eccezione del debitore. Il giudizio invece è unico come fu contestato sulla dimanda e sulle eccezioni; e se è unico, ogni sentenza, che non abbia nel corso di esso esaurita l'istanza, dev'essere considerata qual provvedimento ordinatorio della lite e perciò soggetta a perenzione.

Ed è appunto ordinatoria del giudizio la provvisionale condanna che in precedenza dello svolgimento istruttorio fa che la cambiale abbia la sua esecuzione secondo la legge.

Ma che forse di simiglianti sentenze di provvisoria condanna in corso del giudizio la pratica non fornisce esempii? Non ne accadono in quelli per separazioni personali o per alimenti? E non producono esse in pendenza del giudizio tutti gli effetti necessarii all'assicurazione della somma provvisoriamente assegnata?

In questi giudizii è la necessità degli alimenti che lo detta, in quelli è invece la necessità degli scambii commerciali. E come in questi, caduta in perenzione l'istanza per la separazione personale e per gli alimenti, cadono gli effetti della condanna di provvisorio assegno, così in quelli cessano gli effetti della provvisoria condanna al pagamento della cambiale.

Invano si fa ricorso all'art. 341 cod. proc. civ., che salva dalla perenzione gli effetti delle sentenze. Codesto articolo che ha dato luogo a tante controversie sulla sua interpetrazione, bisogna intenderlo col pensiero del legislatore che vuole impedire che il giudice ritorni sul proprio pronunziato per la nota massima *non bis in idem*. Sicchè la detta disposizione può applicarsi alle sentenze che abbiano deciso un punto della controversia e che non possono dal magistrato stesso essere rivocate. Or ciò non può certamente ammettersi per quelle di cui si discorre, che nulla giudicando in definitivo rimandano la decisione alla prosecuzione del giudizio: altrimenti lo stesso magistrato ritornerebbe sulla propria sentenza, il che è assurdo Per la qual cosa se la sentenza di condanna riconobbe solo la forza esecutiva del titolo, sarebbe più proprio parlar di effetti della cambiale che di effetti di sentenza.

Nè potrebbe il creditore della cambiale dolersene, imperocchè la legge attribuisce la perenzione dell'istanza a rispettiva colpa dei contendenti.

Onde se il titolo fu impugnato e si procedette alla sua verificazione il possessore di esso doveva comprendere che il vantaggio temporaneo del conseguito pagamento poteva venir meno nelle ulteriori vicende del giudizio e che per lui non sarebbe valuta la massima *melior est conditio possidentis*.

Dalle sopradette considerazioni si ricava l'errore in cui cadde

la sentenza denunziata che però dev'essere annullata non occorrendo discutere l'altro mezzo del ricorso relativo ai danni, che resta subordinato al mezzo accolto.

Conseguenza dell'accoglimento del ricorso è la restituzione del deposito, mandando alla Corte di rinvio il provvedervi sulle spese.

Per tali motivi. Cassa ecc.

Cassazione di Napoli — *11 maggio 1897*

Ciampa *P. P.* — Antonucci *Est.*

Ditta Houlmann (avv. Merlino) c. Tannoja (avv. Rinaldi)

Donna maritata — Autorizzazione — Magistrato — Ricorso — Deliberazione — Camera di Consiglio (Art. 136 cod. civ. 799 cod. proc. civ.).

Nel caso di contraddizione d'interessi tra coniugi, basta alla validità dell'obbligazione che l'autorizzazione siasi domandata al Tribunale mercè ricorso sottoscritto da entrambi e che il Tribunale vi abbia provveduto in Camera di Consiglio, senza l'intervento del P. M. e senza formale sentenza.

Ritenuto in fatto che con istrumento del 22 Settembre 1892 la Ditta Houlmann concesse ai coniugi Domenico Fragano ed Antonietta Tannoia non che alle sorella di costei Anna Tannoia un fido di credito a conto corrente con obbligazione solidale. E ciò facevasi allo scopo di mettere in esercizio uno stabilimento per la fabbricazione dell'alcool e cremore, la cui produzione doveva vendersi alla Ditta sotto le condizioni e modalità che si leggono nel contratto. Le sorelle Tannoia per sicurezza della somma per cui aprivasi il conto corrente sottoponevano ad ipoteca alcuni fondi di loro proprietà, e per l'Antonietta Tannoia stante il conflitto d'interessi tra lei e suo marito fu chiesta l'autorizzazione del Tribunale, che l'accordò con semplice provvedimento in forma di decreto. Stante intanto l'inadempienza dei debitori agli obblighi assunti la Ditta Houlmann li convenne in giudizio pel pagamento delle somme dovute. Da parte della Signora Antonietta Tannoia si sostenne la nullità dell'obbligazione assunta, per essere stata concessa l'autorizzazione dal Tribunale senza sentire il marito in Camera di Consiglio, e con semplice decreto senza l'intervento del Pubblico Ministero. Il Tribunale accolse la dimanda della Ditta rigettando la eccepita nullità. Ma, essendosi prodotto appello dai convenuti, la Corte ritenne non potersi dubitare della contrarietà d'interesse tra la Signora Tannoia e suo marito nell'obbligazione contratta con l'istrumento anzidetto. Epperò faceva mestieri dell'autorizzazione del Tribunale che non poteva essere accordata se non sentito o citato il marito, ed inteso il Pubblico Ministero, essendo

questa la interpetrazione da darsi alle diverse disposizioni del Codice Civile e della Procedura. E poichè nella specie non si adempì a queste prescrizioni, ed il provvedimento venne emesso con semplice decreto e non con sentenza come vien richiesto dalla legge, l'obbligazione era nulla. E quindi accolse il prodotto appello.

Contro di questa sentenza è prodotto ricorso dalla Ditta Honlmann per tre mezzi con i quali si sostiene: 1.° Che l'obbligazione fu contratta nell'interesse comune dei due coniugi e quindi non vi era contraddizione d'interesse, nè la concessione dell'ipoteca poteva farla nascere. 2.° Che trattandosi poi nella specie di beni dotali non era mai il caso di opposizione d'interesse tra i coniugi, perchè la dote è destinata ai bisogni della famiglia ed il magistrato dee autorizzarne l'alienazione o l'ipoteca, sempre che tale atto sia necessario o utile alla famiglia, senza distinzione tra l'interesse della moglie e quello del marito, giacchè questi due interessi si assorbono nell'interesse della famiglia. 3° Che del resto anche nel caso di opposizione d'interesse tra i coniugi, quando ambedue sieno consenzienti all'atto, l'autorizzazione del Tribunale è ben data sotto la forma ordinaria del Decreto, senza la intesa del Pubblico Ministero e senza la comparizione personale del marito in Camera di Consiglio.

Attesochè i due primi mezzi del ricorso, con i quali si sostiene, che non siavi opposizione d'interesse tra i coniugi quando l'obbligazione fu contratta nello interesse comune, e che trattandosi nella specie di beni dotali non sarebbe mai il caso dell'autorizzazione richiesta dall'art. 136 C. C., potrebbero venire assorbiti dal terzo mezzo, col quale si afferma che anche ammessa l'opposizione d'interesse, l'autorizzazione sia sempre validamente accordata con semplice decreto e senza la intesa del Pubblico Ministero, ove il marito abbia sottoscritto insieme alla moglie la relativa domanda. E quindi è utile che sia preliminarmente discusso il detto terzo mezzo.

Attesochè la quistione sollevata col medesimo è stata risoluta da questo Supremo Collegio nel senso favorevole alla ricorrente Ditta per cui occorre ora ricordare soltanto le principali ragioni che a ciò l'indussero. L'art. 136 in cui si parla dell'autorizzazione giudiziaria in taluni casi che sono ivi designati non si oppone, sia per lo spirito sia per la forma al concetto di ritenersi bene accordata l'autorizzazione con semplice decreto. Ed infatti è il medesimo concepito in questi termini.

« Se il marito ricusa l'autorizzazione della moglie o se trattasi di
« atto nel quale siavi opposizione d'interesse, ovvero se la moglie sia
« legalmente separata per sua colpa, o per colpa sua e del marito, o
« per mutuo consenso, sarà necessaria l'autorizzazione del Tribunale.
« Il Tribunale non può concedere l'autorizzazione se prima il ma-
« rito non fu sentito o citato a comparire in Camera di Consiglio

« salvi i casi di urgenza». Da ciò risulta manifesto che dovendo l'autorizzazione del Tribunale aver luogo in quei casi speciali, di rifiuto del marito, di conflitto d' interessi, e di separazione personale pei motivi ivi espressi, non possa concedersi se prima il marito non fu inteso o non fu citato a comparire in Camera di Consiglio.

Ma se egli intervenne col fatto sottoscrivendo il ricorso, dee ritenersi che venne certamente sentito non altrimenti che pel pubblico Ministero l'art. 180 C. P. C. dispone che quando debba esser sentito il P.° M.° gli atti sono comunicati al medesimo per le sue conclusioni, le quali si debbono scrivere in fine del decreto.

Attesochè invano farebbesi ricorso all'art. 799 e seguenti Codice anzidetto, perchè nei medesimi si travede la ipotesi del rifiuto del marito ad accordare l'autorizzazione, e viene all'uopo richiesta la sua comparizione personale. Il che non è certo applicabile quando sia egli conseziente. Nè il richiamo all'art. 36 che si le legge nel detto art. 799 può riferirsi a tutti i casi ivi contemplati, giacchè all'art. 799 segue immediatamente l'art. 800 nel quale sta detto che il Cancelliere dee presentare il ricorso al Presidente, il quale stabilisce il giorno in cui dovrà il marito comparire personalmente davanti il Tribunale per esporre i motivi del rifiuto. Il che rivela chiaro il concetto che in questo caso occorre che sia citato a comparire, ma non quando sottoscrivendo il ricorso abbia manifestato il suo consenso a a quell'autorizzazione, che solo per l'opposizione d'interesse tra lui e la moglie ha bisogno dell'approvazione del Magistrato. Ed è ciò anche meglio chiarito dagli art. 801 e 802, i quali si connettono nell'art. 800, e tutti si riferiscono al solo caso del rifiuto del marito giacchè in questo caso non è più il marito che di accordo colla moglie chiede l'autorizzazione del Magistrato, ma è invece il marito che rifiuta, per cui cessa la giurisdizione volontaria ed incomincia quella contenziosa. E non è quindi un decreto di cui fa mestieri, ma una sentenza che dee pronunciarsi.

Attesochè oltre a ciò anche l'elemento razionale e quello storico concorrono a rifermare una simile interpetrazione del detto art. 136. L'autorizzazione maritale da accordarsi alla donna maritata in luogo di quella del marito fu ritenuta necessaria tanto dalle leggi francesi che da quella del 1819 in taluni casi specialmente indicati, tra cui non fu testualmente compreso quello dell'opposizione d'interessi tra i coniugi, in modo che fu allora giustamente disputato se in simile rincontro vi occorresse. Quando nel 1865 fu promulgato il Codice Italiano fu discusso intorno alla convenienza di mantenere o sopprimere l'autorizzazione maritale, come si rileva dalla relazione presentata al Re dal Ministro Guardasigilli, ma prevalse il concetto di restringere il numero dei casi nei quali fosse richiesta l'autorizzazione maritale, e venne all'uopo formulato l'art. 136. Ma le discussioni che

precedettero la compilazione sia di detto articolo che dell'art. 799 C. P. C. confermano la interpretazione che si è innanzi manifestata, ed infatti il detto art. 136 fu sostituito all'art. 144 del progetto nel quale veniva disposto che l'autorizzazione dovesse accordarsi senza altra formalità che quelle della presentazione del ricorso notificato al marito, il quale poteva farvi se credesse le sue osservazioni. Epperò la necessità della comparizione personale del marito rimane evidentemente esclusa anche per la genesi storica del citato articolo.

Attesochè d'altronde mancherebbe pure la utilità pratica di quella comparizione quando l'assentimento del marito risulta manifesto dal fatto di avere egli sottoscritto il ricorso. Nè certamente la sua presenza varrebbe a trarre dalla sua bocca qualche opportuno chiarimento su la verità dell'esposto. Che anzi se fosse questo lo scopo del Legislatore, sarebbe stato più utile sentire la moglie, perchè venendo la medesima interrogata con sagace accorgimento, potrebbesi facilmente dal suo contegno e dalle possibili contraddizioni tra i due coniugi desumere la temuta ipotesi di patita violenza morale, per cui la sua libertà di azione sarebbe rimasta vincolata.

Attesochè in quanto all'intervento del pubblico Ministero all'autorizzazione di che trattasi è certo che l'art. 136 non ne fa parola e non poteva precisarlo, essendo la forma dei vari procedimenti tracciati dal Cod. di Proc, Civ. Ora dell'autorizzazione maritale vien fatta menzione, in questo Codice al Capo 2° del titolo 4° libro 3° che riflette i procedimenti speciali, di cui il titolo 1° contiene le disposizioni comuni per gli affari da trattarsi in Camera di Consiglio. E quindi l'autorizzazione maritale rientra nella giurisdizione volontaria che venendo per ciò esercitata *inter volentes et consentientes*, non è per la medesima richiesto l'intervento del Pubblico Ministero. Non essendovi poi contradditori coi quali sia impegnata la lite non dee il Tribunale emettere una sentenza, ma un semplice decreto. Che se l'art. 802 parla di sentenza con la quale dee pronunziarsi su la domanda di autorizzazione sentito il Pubblico Ministero, ciò riflette un'ipotesi ben diversa dalla presente causa, come si è già notato. quando cioè siasi il marito rifiutato ad autorizzare la moglie. per cui non è più la giurisdizione volontaria che si esercita, ma quella contenziosa.

Attesochè stante ciò dee accogliersi il 3° mezzo del ricorso ed annullarsi la impugnata sentenza, senza che occorra discutere gli altri due mezzi.

Attesochè per conseguenza dee ordinarsi la restituzione del deposito, e le spese vanno rinviate al merito.

Per questi motivi ecc. ecc.

CASSAZIONE DI NAPOLI — *15 maggio 1897*

CIAMPA *P. P.* — LOFFREDO *Est.*

Barrese (avv. Crescenzi) c.° Barone E. (avv. E. Barone)

Testamento — Erede — Minore — Patria Potestà — Rendite — Impiego — Esecutore (art· 224, 229, 238, 247, 908 Cod. civ.)

a) *Non limita le facoltà amministrative inerenti alla patria potestà il testatore, che, togliendo al padre l'usufrutto legale sulla proprietà lasciata al minore, imponga che i redditi ne siano impiegati sotto la vigilanza degli esecutori testamentari.*

b) *La disposizione testamentaria che imponga l'impiego dei redditi spettanti all'erede minorenne non pregiudica l'azione eventuale del padre per chiedere al magistrato l'inversione dei redditi stessi per l'educazione e mantenimento dell'erede.*

c) *Per lo sperimento di tale azione però è condizione essenziale il difetto di mezzi nel padre per gli obblighi che la legge gl'impone verso il figlio.*

Ha considerato che la controversia s'origina da che, istituito dal Consigliere Carlo Barrese suo erede universale il pronipote minorenne omonimo, dei suoi beni siti parte in Calabria e parte in Napoli, lasciato al medesimo in una alla proprietà anche l'usufrutto di una sesta parte, il testatore ebbe disposto fossero i redditi di quel sesto collocati sulla Cassa di Risparmio in favore di detto erede sino alla costui età maggiore, commettendo agli esecutori testamentari, che nominava di Napoli e di Calabria, di curarne la esatta esecuzione: e si determina poi da che, domandati in via giudiziale dagli esecutori i provvedimenti conservatori di esecuzione, chiedevasi invece da Daniele Barrese, padre del minore, di essere prosciolto di ogni ingerenza degli esecutori nell'amministrazione a lui spettante, e di non essergli precluso di ottenere la inversione dei detti redditi pel mantenimento ed educazione del minore medesimo. E poichè, con sentenza del 12 giugno 1896, la Corte di appello di Napoli mantenendo al Daniele l'amministrazione ma senza l'usufrutto legale, giusta il testamento, ritenne, come ritenuto avea il Tribunale, l'obbligo in esso Daniele di versare le rendite nella Cassa di Risparmio, e negli esecutori testamentari di vigilarne lo adempimento, il Daniele interpose ricorso, dicendo incompatibile l'ingerenza dei detti esecutori col dritto d'amministrare derivato dalla patria potestà; ed erroneo inoltre non esserglisi riconosciuto il diritto eventuale alla inversione di dette rendite.

Ha considerato che giuridicamente non fondata è la incompati-

bilità che, pei beni pervenuti per titolo lucrativo ad un minorenne, dei quali sia stato al padre conservata l'amministrazione, pare al ricorrente di scorgere tra il dritto di amministrare per patria potestà e la soggezione alla sorveglianza degli esecutori testamentari che, voluta dal testatore, è stata ammessa dai giudicati. La patria potestà è di dritto pubblico in quanto ha fondamento nella natura: ma l'esercizio regolato dal Codice civile non è illimitato, nè le attribuzioni sono insuscettive di condizioni. È dalla patria potestà che si deriva quello che nei giorni è dritto e dovere ad un tempo di curare dei figli minori, nonchè la persona, anche l'amministrazione dei beni: e pure per trascuranza dei doveri o per mala amministrazione ponno le attribuzioni del padre essere refrenate, ed il padre stesso può alla madre superstite stabilire condizioni per la educazione dei figli o per l'amministrazione dei beni, (art. 233 e 235 C. C.). E d'altra parte è la legge medesima, art. 247, che a chiunque istituisca erede un minore dà il potere dei beni, che gli trasmette, affidare l'amministrazione ad altri, quantunque il minore sia sotto la patria potestà. E se dato è al testatore di nominare per l'amministrazione dei beni trasmessi un curatore speciale, con deroga a quello che per l'art. 224 codice citato è relativa attribuzione della patria potestà, non può sostenersi che, col fatto di essersi mantenuta al padre l'amministrazione, sia incompatibile la soggezione alla sorveglianza degli esecutori testamentari.

Che al testatore non è niegato, pur mantenendo al padre del minore l'amministrazione, di non attribuirgli l'usufrutto legale dei beni a costui trasmessi, art. 229 n. 1 C. C.. ed è incontestabilmente dato di potere nominare uno o più esecutori testamentari i quali vigilino perchè il testamento sia eseguito, art. 903 e 907 C. C.; e ciò importa che il limite alla potestà nel padre di amministrare voluto dal testatore è dalla legge consentito. E quindi attesochè al Daniele suddetto, con darsi l'amministrazione dei beni dei figli minori ereditati, fu eziandio imposto l'obbligo di capitalizzarne le rendite a favore di esso erede con collocarle sulla Cassa di Risparmio e per vigilarne lo adempimento furono nominati appositi esecutori tanto in Napoli che in Calabria, come indeclinabile è l'obbligo in costoro della rispondente vigilanza, così consona alla legge è la limitazione alla potestà di amministrare stata, rispetto ad esso Daniele, riconosciuta con la sentenza denunziata; perlocchè insostenibile è a reputare il ricorso a codesto riguardo.

E non ha ragione di essere poi in quanto all'inversione dei detti redditi che, chiesta per sopperire ai mezzi di educazione del minore, dicesi obbliata. La dimanda, quale da esso Daniele fu da prima proposta, era diretta ad avere svincolato le rendite che il testatore voleva capitalizzate: e poichè motivo addotto era quello della utilità

di addire le medesime all'educazione del minore, la dimanda fu respinta atteso l'obbligo dei genitori di mantenere, educare ed istruire la prole, e dovuto tanto più respingere, si soggiunse, per non avere esso Daniele dimostrato di non avere mezzi sufficienti per adempiere a tale obbligazione. Or, come vien fatto scorgere, quello che respingevasi era lo svincolo permanente ed incondizionato, ma non escludevasi la possibilità eventuale dell'uso in tutto od in parte di dette rendite qualora si verificasse il caso dell'insufficienza di mezzi nelle sostanze dei genitori; e quindi ogni quistione sotto quest'ultimo rapporto rimaneva del tutto impregiudicata e non veniva precluso l'adito allo sperimento di un'azione eventuale in avvenire.

E ciò rilevato, si scorge di leggieri come, essendosi la Corte in ciò confermata al giudizio del Tribunale, insussistente sia a reputare il motivo di ricorso a ciò relativo.

E però deve il ricorso andare respinto, ed in conseguenza è mestieri che il ricorrente soggiaccia a condanna nelle spese giudiziali relative, nonchè alla perdita del deposito a tenore dell'art. 541 c. p. c.

Rigetta il ricorso, condanna il ricorrente nelle spese, e libera il deposito all'Erario dello Stato.

Cassazione di Napoli — *18 maggio 1897*

Ciampa *P. P.* — Salvati *Est.*

Napolitano (avv. Margotti) c. Luccaro (avv. Cerullo)

Ricorso — Mandato — Facoltà a sottoscrivere — Ammissibilità — Surroga — Atti compiuti dal creditore surrogato — Validità (art. 522 C. P. C.).

a) *Non è cagione d'inammissibilità del ricorso il mandato che non dichiari all'avvocato la facoltà di sottoscrivere il ricorso* (1).

b) *Non è necessario che il mandato sia conferito all'avvocato prima della sottoscrizione del ricorso.*

c) *Sono validi gli atti compiuti dal creditore surrogato in procedura di espropriazione ancorchè celebrati pria della pronunzia definitiva sulla istanza di surroga.*

Attesochè vuolsi dal resistente col suo controricorso che sia nullo il ricorso dal perchè nella procura all'avv. Margotta siasi detto per rappresentarlo e difenderlo nel ricorso prodotto; e non già nel ri-

---

(1) Cass. Firenze, 1° giugno 1896 (*Mov. Giur.* 1896, 318).

corso a *prodursi* e da ciò trae la conseguenza che il Margotta mancava di autorizzazione a firmare il ricorso.

Tale nullità non esiste imperocchè la legge è vero nell'art. 522 dice che il ricorso deve essere firmato da un avvocato munito di mandato speciale, ma non chiede a pena di nullità che il mandato preceda la sottoscrizione, nè tampoco usare le parole sacramentali di *autorizzarlo a sottoscriverlo.*

Il mandato anche posteriore alla data del ricorso colla sottoscrizione dell'avvocato è valido ed efficace come in più riscontri ha ritenuto questo Collegio Supremo, conciosiachè la legge richiede che il ricorso col mandato sia depositato nel termine prefisso sotto pena d'inammessibilità, non già che il mandato preceda o sussegua il ricorso; ed è chiaro, perchè quando si è nel termine può sempre dopo la procura ripetersi l'atto del ricorso, e quindi tanto vale la ratiabizione della posteriore procura. Nè poi può indurre nullità per non essersi detto nella procura di darsi il mandato a sottoscrivere, perocchè il mandato a rappresentare comprende tutto massime quello della sottoscrizione del ricorso, ch'è la principal parte della rappresentanza in Cassazione, essendo richiesto dalla legge la firma di un avvocato che abbia mandato.

Attesochè in danno del ricorrente Giovanni Napolitano pendeva un'espropriazione sui beni di Napoli nella quale era istante Mariano Napolitano, quando Pasquale Luccaro pegnorò tre fondicciuoli del Napolitano in S. Sebastiano, Pollena e Trocchia. Si chiese dal Mariano Napolitano la riunione del pegnoramento Luccaro sui fondi Pollena, Trocchia e S. Sebastiano alla procedura pei beni di Napoli, e la sua surroga al Luccaro, il Tribunale respinse questa domanda ed autorizzò Luccaro al prosieguo degli atti esecutivi, munendo pure la sentenza di esecuzione provvisionale.

Produsse appello Mariano Napolitano, e Luccaro annuì alla riunione dei due pegnoramenti e alla surroga del Mariano Napolitano, e così la Corte pronunziò. Intanto nelle more dello appello il Luccaro per la esecuzione provvisionale, e perchè si veniva in giudizio di esecuzione espletò la perizia, fece offerta di prezzo, e ottenne la sentenza di vendita, promosse incidente per rettifica di errori materiali e in questo stadio intervenne sentenza di surroga della Corte di appello, e tutti questi atti furono dal Luccaro consegnati al Mariano Napolitano, il quale prosegui ed espeletò l'incidente di correzione degli errori materiali.

Appellò il Giovanni Napolitano dalla sentenza di vendita dei tre fondicciuoli dei Comuni Vesuviani, sostenendo che essendo stata rivocata la sentenza del Tribunale che avea respinta la domanda di surroga del Mariano Napolitano al Luccaro, tutti gli atti da costui compiuti dovevano dichiararsi nulli.

La Corte respinse lo appello, ed il Napolitano ricorre avverso questa sentenza per tre motivi, il 1° per aver dichiarati validi gli atti compiuti dal Luccaro, il 2° per omessa pronunzia o motivazione, il 3° per le spese.

Attesochè la Corte ritenne bene che gli atti compiuti dal Napolitano non potevano annullarsi, perchè compiuti secondo legge dal perchè la surroga era stata pronunziata dal giudice di appello fino a che il Mariano Napolitano non veniva surrogato al Luccaro, era costui sempre lo istante nella procedura esecutiva, ed il surrogante prende dal surrogato la procedura nello stato in cui si trova al momento della surrogazione.

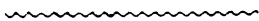
Ma poi il giudice del merito rilevò che in ogni modo il Luccaro avea fatto il bene della massa e dello stesso espropriato, il quale di nulla può dolersi, perchè il Luccaro avea fatto l'offerta di prezzo che può farsi da qualunque creditore iscritto, e aveva ottenuta la sentenza di vendita ed era indifferente per Napolitano che questa sentenza siasi ottenuta da uno piuttosto che da altro creditore, e sarebbe un non senso annularsi la senteza di vendita sol perchè chiesta dal Luccaro per quindi ripetersi sulla richiesta di Napolitano. Questo ragionamento è tutto in fatto, esprime il convincimento del giudice di merito, il quale è incensurabile in Cassazione.

Attesochè indubbiamente bene o male richiedeva il Napolitano refrenarsi la procedura assumendo che si mettevano in vendita valuta di beni rappresentanti il quintuplo dei debiti, e chiedeva all'uopo una perizia. La Corte su di ciò tace onninamente. Assume il resistente che questa domanda fosse stata già respinta dal giudicato precedente; ma il Collegio Supremo non può valutare fatti non risultanti dalla sentenza denunciata, nè valutare la eccezione di cosa giudicata non formulata innanzi al giudice del merito; e sulla quale non venne portato il giudizio di lui.

Nè tampoco il Collegio Supremo può occuparsi dell'altra deduzione del contro-ricorrente Luccaro, che cioè non compete il diritto alla refrenazione. Una volta che il giudice di merito ha trasandato proprio ogni motivazione e ogni provvedimento non può fare il Collegio Supremo che annullare por questo verso soltanto la sentenza denunziata.

Attesochè è inutile discendere al 3° mezzo riguardante le spese perchè rimane assorbito dallo annullamento.

Attesochè accogliendosi per un motivo il ricorso, il deposito va restituito e le spese possono rinviarsi al Giudice di merito.

Per siffatti motivi.

Corte di Cassazione di Napoli — *23 giugno 1896*

Ciampa *PP.* — Antonucci *Est.*

Sorice (avv. Massamormile) c.° Pagano (avv. Rinaldi)

Graduazione — Crediti — Liquidazione — Accordo — Aggiudicatario — Intervento (art. 717 cod. proc. civ.).

È necessario alla validità della bonaria liquidazione dei crediti, nei termini dell'art. 717 cod. proc. civ., l'intervento dell'aggiudicatario.

Ritenuto in fatto che il sig. Gennaro ed altri Pagano essendo creditori dei signori Alfonso Nappi e Maria Settembre procedettero ad un giudizio di espropria contro Gennaro Arienzo terzo possessore dell' immobile ipotecato.

Ebbe luogo la vendita ed il fondo fu aggiudicato alla signora Maria Sorice vedova dell'Arienzo.

Espletato il giudizio di graduazione i creditori procedettero di accordo alla liquidazione dei loro crediti, ed il relativo verbale venne notificato al terzo possessore, e ad uno dei debitori, avendo per l'altro ch'era stato dichiarato fallito, firmato il verbale il curatore del fallimento. Non essendo stata opposta la liquidazione nei termini di legge furono rilasciate le note di collocazione a favore dei Pagano contro l'aggiudicataria Sorice, la quale al precetto notificatole si oppose adducendo la nullità del verbale di liquidazione per mancanza del suo intervento. Il Tribunale rigettò le sue opposizioni e in sede di gravami la Corte respinse il suo appello.

Osservò all'uopo la medesima che per l'art. 717 c. p. c. possono le parti fare di accordo la liquidazione dei loro crediti. Il che importa che debbono intervenirvi i creditori, e non già tutti quelli che abbiano fatto parte del giudizio di graduazione. Una volta infatti stabiliti con giudicati i dritti dei creditori e la massa a dividersi la liquidazione serve solo a regolare la distribuzione del prezzo ed in questa distribuzione non ha che vedere l'aggiudicatario.

Nè vale il dire che i creditori potrebbero incorrere in qualche errore nel fissare il debito dell' aggiudicatario verso la massa, giacchè se ció si verificasse avrebbe sempre il dritto d'insorgere, non potendo fare stato contro di lui una liquidazione cui rimase estraneo. Ma nella specie non era a parlare di errore, giacchè la Sorice non si doleva di ciò, e lamentavasi solo di non essere stata chiamata ad intervenire in quella liquidazione. Che non era poi da attendersi all'altro motivo di nullità per non esservi intervenuto il terzo possessore e la debitrice Settembre, giacchè la signora Sorice non poteva eccepire i dritti dei terzi.

Contro di questa sentenza ha prodotto ricorso per Cassazione la Sorice deducendo un sol mezzo di annullamento, col quale sostiene che per aversi la liquidazione di accordo ai termini dell'art. 717 c. p. c. bisogna che tutte le parti interessate si accordino nell'accettarla.

E poichè le parti interessate sono quelle che hanno presenziato nel giudizio di graduazione, non solo cioè i creditori, ma il debitore espropriato e l'aggiudicatario, deve la liquidazione aver luogo anche con l'intervento di costoro. E malamente affermavasi dalla Corte di appello, che l'aggiudicatario fosse parte estranea alla liquidazione mentre con la stessa vien determinato l'ammontare del suo debito tra sorte ed interessi. Oltre a che si rendeva anche necessario l'intervento del debitore espropriato, e quindi doveva nella specie intervenirvi il terzo possessore.

Attesochè la quistione che si solleva dalla ricorrente intorno alla validità della liquidazione dei crediti cui avrebbero proceduto di accordo i soli creditori da circoscriversi unicamente alla mancanza di essa ricorrente come aggiudicataria del fondo espropriato non potendo la medesima eccepire l'assenza del debitore espropriato come giustamente fu osservato dalla Corte di merito, poichè tratterebbesi delle ragioni dei terzi di cui non l'è lecito potersi avvalere.

Attesochè a buon dritto però si sostiene la nullità di quella liquidazione in cui la detta ricorrente non intervenne essendo la liquidazione dei crediti l'atto compitore del giudizio di espropriazione e finchè esso non ri esaurisca non può dirsi che sia accertato l'interesse dell'aggiudicatario ch'è debitore del prezzo in cui la liquidazione vien fattá. E quando la legge dice che l'accordo delle parti rende inutile la nomina del perito per un tale atto, ciò va inteso di tutte quelle che possono avervi interesse e l'ha certamente l'aggiudicatario al pari che i creditori graduati.

Attesochè malamente viene affermato dalla Corte che una volta stabiliti con giudicato i dritti dei creditori e la massa a dividersi non serve la liquidazione che alla distribuzione del prezzo tra i creditori ed in ciò non ha alcun'interesse l'aggiudicatario, dappoichè col giudizio dei gradi vengono risolute le quistioni che riflettono i creditori concorsi circa l'ammontare dei loro crediti ed il grado in cui debbono essere collocati, ma la massa a distribuirsi non vien propriamente determinata che col verbale di liquidazione ed è in questo certamente interessato l'aggiudicatario, una volta che la massa si compone del prezzo di aggiudicazione e degl'interessi dovuti, pei quali comunque trattasi di semplice operazione di aritmetica potrebbe pure incorrervi qualche errore.

Attesochè non varrebbe opporre che la ricorrente Sorice non precisò con le sue opposizioni al precetto in che sia rimasta ella pre-

giudicata per errore di commercio nella determinazione delle somme da lei dovute, per dedurne, come ha fatto la Corte, la inattendibilità delle sue opposizioni, giacchè la detta ricorrente aveva impugnata di nullità e di inesistenza giuridica la liquidazione fatta di accordo senza il suo necessario intervento. E questa impugnativa generale dell'atto bastava, anche senza la indicazione specifica della patita lesione, a far dichiarare la invalidità di un atto compiuto senza la presenza di tutte le parti, che dovevano intervenirvi perchè interessati nella tutela dei loro dritti.

Attesochè per altro la stessa Corte non ha potuto sconoscere la possibilità di un errore nella liquidazione fatta di accordo da cui sia rimasto pregiudicato l'aggiudicatario, ed afferma che quest'ultima potrebbe insorgere quando venisse compulsato pel pagamento, non potendo contro di lui fare stato una liquidazione a cui rimase estraneo. Ma per verità, ove si ritenesse per avventura, che a render valido quel verbale non occorreva il suo intervento, non si sa poi comprendere come potesse venire impugnato dal detto aggiudicatario da rendere in tal modo vano l'operato dei creditori, che potrebbero essere sempre ostacolati nella esecuzione.

Attesochè è poi manifesto che l'aggiudicatario debba senza meno intervenire nella liquidazione dei crediti cui può procedersi di accordo ai termini dell'art. 717 cod. proc. civ. quando con l'art. 724 vien prevista la ipotesi che il giudizio di graduazione sia protratto per più di un anno ed in questo caso può il Tribunale ordinare il pagamento totale o parziale del prezzo, *citato il compratore.* Ora se per un semplice pagamento parziale si richiede la citazione del medesimo, è evidente che debba poi essere presente al fatto più importante della finale liquidazione del prezzo. Ed è perciò che sia nel caso della liquidazione legale che in quella fatta di accordo dee il compratore essere inteso, avendo la legge medesima dichiarato quali sieno le parti alle quali dee il Cancelliere dare avviso dell'eseguito deposito del verbale di liquidazione come si rileva dall'articolo 146 col quale vien disposto: « Per le notificazioni da farsi dal Cancelliere con biglietto ai procuratori del debitore e dei creditori comparsi non che ai compratori in conformità degli articoli 712 e 717 cod. proc. civ., è dovuto il diritto di cent. 25 ».

Attesochè stante ciò dee accogliersi il prodotto ricorso ed annullarsi la impugnata sentenza.

Attesochè le spese vanno rinviate al merito, ordinandosi la restituzione del deposito.

Per le quali ragioni ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI NAPOLI — *23 giugno 1897*

CIAMPA *PP.* — PASSARELLI *Est.*

Lombardi (avv. Mayer) c.° Perrone (avv. Greco)

Pagamento d'imposte — Surrogazione legale — Condizioni (art. 1253 n. 3 cod. civ.; 57 L. 20 aprile 1871 e 90 L. 13 sett. 1874).

Nè per diritto comune, nè per legge fiscale, può ritenersi la surrogazione legale nei diritti e privilegi, che competono all'Esattore, a favore del terzo, che, al momento in cui l'Esattore procede all'esecuzione a danno del contribuente, abbia volontariamente garentito il pagamento, per arrestarne il corso, e poi pagata l'imposta dovuta dal contribuente (1).

La Corte di Cassazione ha considerato: Che la teorica assunta dal ricorrente nel primo mezzo del ricorso per censurare la sentenza impugnata è del tutto erronea e però non può accogliersi.

Il num. 3 dell'art. 1253 del cod. civ. non contiene punto il concetto giuridico che il ricorrente vi rinviene, che cioè abbia luogo la surroga legale nei diritti del creditore a favore del terzo, che straniero affatto alla costituzione del debito, nel momento che il creditore proceda alla esecuzione contro il debitore si faccia garante di costui per sospenderne il compimento e di poi paghi il debito.

La parola della legge è chiarissima e precisa, essa concede la surroga di dritto a colui che *essendo obbligato* con altri o per *altri avera interesse a soddisfarlo.*

L'obbligo adunque verso il creditore che il terzo faccia pel debitore deve essere coevo alla costituzione del debito stesso, perchè il terzo possa essere interessato a pagare senza di che la surroga non potrebbe verificarsi.

E la ragione della disposizione spiega perchè essa venne a questo modo redatta, imperocchè chi paga in seguito di un obbligo assunto verso il creditore al momento della costituzione del debito è costretto da necessità giuridica di sollevare i suoi interessi che sarebbero compromessi dal rifiuto che provocherebbe l'esecuzione forzata contro di lui da parte del creditore.

Chi per vece non obbligato da nessun vincolo giuridico si offre

---

(1) Nello stesso senso ha deciso la medesima Cassazione con la sentenza del 7 gennaio 1895 *(Giurispr. Ital.* 1895, 1, 1, 279). Invece si ritiene dalla dottrina e dalla giurisprudenza che al contraente, il quale ha pagato la tassa di registro pel vincolo solidale che gl'incombe di fronte al fisco, compete la surrogazione nel privilegio inerente al credito della medesima, per ripeterla dall'altro contraente a carico del quale sia stata posta per intero secondo i patti della loro convenzione (Cass. Roma, 21 gennaio 1896, *ivi*, 1896 L, 1, 519).

volontariamente a pagare il debito altrui, compie un favore per liberare il debitore con un obbligo già assunto, onde al primo la legge ha dovuto concedere la surroga legale contro il debitore per virtù del contratto già esistente tra loro, ed all'altro non ha potuto concederla inibendogli financo di richiederla se voglia che il creditore accettasse la somma e liberasse il debitore, salvo se questi ed il creditore volessero con novello contratto non concedergliela (articolo 1258 C. C.).

La teorica del ricorrente menerebbe all'assurdo giuridico, che un terzo, straniero alla obbligazione, si faccia innanzi a soddisfarla per surrogarsi al creditore e costituirsi un credito, che il debitore non ebbe volontà di costituire con lui, e che il creditore primitivo non pensò neanche di cedergli.

E questi stessi principii giuridici, che governano pel dritto comune i contratti tra privati, sono accettati dalla legge speciale sulla riscossione delle imposte dirette e delle tasse di registro, imperocchè nella prima del 20 aprile 1871 non v'ha disposizione che dichiari la surroga nei privilegi e diritti dell' esattore a favore di colui che paghi la imposta volontariamente per altri — art. 57 detta legge — e per quella relativa alle tasse di registro e bollo l'art. 90 del testo unico la consente per vece non a colui che volontariamente paghi la tassa da altri dovuta, ma a coloro soltanto, che per la detta legge sono obbligati a pagarla per altri, il che vale applicazione e conferma della sopra indicata norma del dritto comune intorno alla surrogazione legale. E sarebbe pur troppo deplorevole la conseguenza dell'applicazione della teorica del ricorrente, perchè tutti i contribuenti, per breve mora, che ponessero al pagamento della imposta da loro dovuta, vedrebbero compromessi i beni alla cupidigia di avidi speculatori che si surrogherebbero nei dritti e privilegi, pur troppo speciali, conceduti agli esattori nello interesse dello Stato.

Che di conseguenza non errò punto il Pretore quando nella impugnata sentenza, al ricorrente che volontariamente si offerse a pagare la imposta per la Ferrara, o pel Torelli contro cui l'Esattore agiva per esigerla, negò la pretesa surrogazione legale, che per altro allora neanco fu dal medesimo ricorrente invocata, ed ora soltanto per la prima volta si reclama avesse dovuto attribuirglisi dal giudice di merito di ufficio contro la Perrone, che al tempo della esecuzione iniziata dall'esattore non era da questi coatta, ma soltanto si trovava posseditrice della casa, soggetta alla imposta, per averla riscattata dal Torelli acquirente della Ferrara, la quale alla stessa aveva ceduto il dritto al riscatto, che le perveniva dall'istrumento del 10 ottobre 1889 contenente la vendita del suddetto fabbricato col diritto a ricomprarlo fra 5 anni da parte della venditrice medesima.

E per vece lo stesso Pretore con sagace criterio giuridico, rico-

nobbe che al ricorrente competesse soltanto l'azione di utile gestione di negozio per l'art. 1140 e seguenti cod. civ. contro i debitori della imposta, che erano la Ferrara venditrice e tuttora intestataria — per non essersi operata la voltura a favore del Torelli compratore — o contro costui debitore della imposta per l'anno 1893, pel quale l'Esattore procedeva e non contro la Perrone — resistente — la quale nel 1894 era divenuta acquirente del fabbricato medesimo, e però non debitrice della suddetta imposta.

In conseguenza delle quali considerazioni il primo mezzo del ricorso va respinto, e per questo rigetto non accade di scendere allo esame dei due seguaci mezzi, che rimangono assorbiti. Imperocchè non è dubbio per nessun modo, che l'Esattore abbia il diritto di riscuotere la imposta anche dal possessore del fondo onnossio alla stessa tuttochè non fosse a lui intestato, nè il suo nome si trovasse segnato nel ruolo dei contribuenti per la correlativa imposta. Ma nella specie questo diritto competeva all'esattore soltanto, non punto al ricorrente che come sopra è stato ritenuto, non era all'esattore surrogato nè per legge, ne per contratto. E se questa surroga non esisteva il 3.° mezzo, che su di essa fonda il dritto del ricorrente contro la Perrone rimane del pari respinto. Onde tutto il ricorso va rigettato.

CORTE D'APPELLO DI NAPOLI (4ª Sez.) — *23 dicembre 1896*

SPERANDII *PP.* — DE ROGATIS *Est.*

Comune di Vico di Pantano c.° Congrega di Carità di Marcianise

Appello — Termine — Giudizio sopra dichiarazione di terzo pignorato — Comuni — Rendite patrimoniali — Sequestrabilità — Riservato d'imposte — Insequestrabilità (art. 585, 595, 616, 656 e 657 cod. proc. civ.; 432 cod. civ.).

a) *L'appello da sentenze sopra controversie intorno a quistioni di merito in sede di dichiarazione di terzo pignorato va proposto nei modi e termini ordinarii.*

b) *I provventi dei tributi comunali sono insequestrabili ancorchè sotto forma di accessorii alle imposte erariali (centesimi addizionali), e per vece sono sequestrabili le rendite patrimoniali dei Comuni debitori.*

La Corte ha osservato, che la Congregazione di carità di Marcianise, qual'erede del canonico Giovanni Novelli, essendo creditrice del comune di Vico Pantano di lire 12750 mutuate ad esso comune dal defunto con istrumento del 9 luglio 1880, oltre agl'interessi, in base di tale istrumento e di una sentenza del Tribunale civile di S. Maria del 21 novembre 1894 passata in giudicato intimava precetto

mobiliare al Sindaco di quel comune con atto del 5 novembre 1895. per essere soddisfatta di lire 9645,23 tra rate di capitale scadute ed accessori, ed indi con atto del 27 gennaio 1896 pignorava presso l'esattore comunale tutte le somme da costui dovute al comune, ed in ispecie i centesimi addizionali, citando all'uopo l'esattore ed il sindaco innanzi al Pretore del mandamento di Trentola, cioè l'esattore per far la dichiarazione, ed il sindaco per assistervi.

Che comparse tutte le parti innanzi al Pretore, l'esattore dichiarò, che in quel momento nulla doveva, perchè le sovrimposte e le altre rendite comunali erano state superate dalle spese, di guisa che al 31 decembre 1895 eravi uno speso superante entrata liquidato in lire 10487. Dovendo egli quindi ritenere tal somma dai primi redditi del 1896, soltanto alla scadenza del 3.° bimestre di questo anno avrebbe avuto delle somme disponibili. Il sindaco poi eccepì, che erano insequestrabili non pure i redditi delle imposte, ma ancora le altre rendite comunali, e quindi era nullo il pignoramento. La Congrega infine opponendosi a tale eccezione, riserbossi di accettare od in quella vece di impugnare la dichiarazione dell'esattore. Avendo quindi il Pretore rinviato le parti innanzi al Tribunale civile di S. Maria, quel collegio con sentenza del 22 maggio 1895 dichiarò sequestrabili tutti i redditi comunali, provvenienti sia dalle imposte, sia dai beni patrimoniali, ordinò quindi all'esattore di pagare alla congrega fino alla concorrenza delle lire 9645,23 tutte quelle somme che egli avrebbe esatte dal 3.° bimestre del 1896 in poi.

Che da questa sentenza si è appellato il sindaco del comune di Vico di Pantano, e così egli, come il rappresentante la Congrega ha proposto alla Corte le rispettive conchiusioni trascritte in principio della presente sentenza. L'esattore poi, quantunque ritualmente citato, non è comparso.

Ciò premesso, la Corte ha considerato preliminarmente, che a torto la Congrega dice inammessibile l'appello, di cui trattasi, pel motivo che, a suo dire, un tal gravame si sarebbe dovuto notificare nel termine e nel modo prescritto dall'art. 656 del cod. di proc. civ. e non (come è stato prodotto) nel termine e nel modo ordinario prescritto per gli appelli dalle sentenze profferite nei giudizi di cognizione. Ma in contrario giova notare, che gli art. 616 e 657 dispongono, che quando intorno alla fatta dichiarazione sorgano quistioni, che non siano di pura forma, l'appello dalle relative sentenze è regolato dagli art. 485 e successivi, sia quanto al termine, sia quanto al modo in cui proporlo. Ora la quistione della sequestrabilità o meno delle rendite dichiarate è al certo una quistione di merito, e non di pura forma. E quindi bene il presente appello fu proposto nel termine ordinario e nelle forme richieste per gli appelli dalle sentenze rese nei giudizi di cognizione.

Che nel merito convien riconoscere, che i proventi dei tributi comunali sono insequestrabili. Di vero è intuitivo, che se gli articoli 585 e 595 del cod. di proc. civ. hanno dichiarato insequestrabili il letto e gli altri mobili necessari ai bisogni della vita del debitore e perfino gli assegni destinati ai suoi alimenti, non ha il legislatore potuto negare ai bisogni della vita dell'ente collettivo quel provvedimento, che esso espressamente consentiva ai bisogni della vita individuale. Al certo i tributi, siano comunali, siano erariali, sono le rate della ricchezza dei singoli, che essi contribuiscono per la necessità dei servigi pubblici. Da tale sostanziale loro destinazione quindi i tributi non possono essere distratti, senza arrestare il funzionamento degli atti dell'ente collettivo, che è quanto dire la vita di esso. Ed è inesatta la distinzione, che i primi giudici han fatta delle strade comunali e delle altre cose di uso pubblico dai tributi, senza avvedersi che gli uni sono un mezzo indispensabile per la conservazione delle altre. E perciò l'art. 432 del cod: civ. distingue i beni dei comuni in beni patrimoniali ed in beni di uso pubblico, dando così a divedere chiaramente, che oltre ai beni patrimoniali, gli altri beni dei comuni sono di pubblico uso, cioè così le strade comunali e simili come i tributi. Per queste principali osservazioni adunque conviene rivocare la sentenza dei primi giudici, in quanto ritenne sequestrabili i tributi.

Che per contrario fa d'uopo confermarla in quanto ritenne sequestrabili le rendite dei beni patrimoniali. Sul quale argomento non vale quel che il comune appellante adduce, cioè che, secondo il capoverso dell'art. 432 le forme di amministrazione e di alienazione dei beni patrimoniali sono determinate da leggi speciali, per desumerne, che dovendo applicarsi nella specie la legge comunale e provinciale, perciò i beni patrimoniali del comune non possano essere espropriati, nè possano essere sequestrate la rendite di essi. Ma nè la lettera, nè lo spirito di quella legge consente una siffatta illazione Non la lettera, perchè gli art. 157, 158 e 166 della legge comunale e provinciale si occupano esclusivamente delle alienazioni volontarie dei beni patrimoniali dei comuni deliberate dai consigli comunali (sia dell'intero dominio, sia delle frazioni di tal dritto), ma non accennano punto alle espropriazioni forzate nè ai procedimenti di esecuzione sulle rendite. Inoltre osta al suindicato assunto la ragion della legge; perchè ove non vi fosse modo assolutamente sicuro, per astringere i comuni all'adempimento delle loro obbligazioni, evidentemente niuno contratterebbe con essi, il che riuscirebbe direttamente ad interdire ai medesimi l'amministrazione dei loro patrimoni. Laonde rigettandosi in questa sola parte l'appello del comune, deve dichiararsi valido il pignoramento della Congrega, unicamente per quanto riguarda le rendite dei beni patrimoniali del comune.

CORTE D'APPELLO DI NAPOLI (1ª Sez.) — *24 marzo 1897*

NUNZIANTE *P. P.* — BIANCO *Est.*

Colonnese c. Sodano

Appello incidente — Quistioni proposte – Eccezioni pregiudiziali — Ammessibilità — Contraffazione industriale — Elementi — Conseguenze —Approvazione al danneggiato—Immobile— Danni interessi.

a) *Anche dopo una istruttoria sul merito del contendere è lecito alle parti convenute sollevare eccezioni pregiudiziali, e respinte queste, giovarsene con incidentale appellazione.*

b) *La novità della invenzione industriale, garentita da brevetto, non consiste nell' uso di materie sistenti in natura, ma nel complesso dei modi coi quali si fanno funzionare e si adoperano gli elementi ed i fini ai quali questi vengono diretti.*

c) *La estrinsecazione multiforme della proposta industriale sta nel continuo rivolgimento e progresso di idee e pratiche industriali espresse sia da invenzioni principali sia da modificazioni che ne conservano la natura.*

d) *La contraffazione consiste nel realizzare il concetto e nel conseguire gli scopi dall'inventore propostisi movendo dallo stesso principio e servendosi degli identici mezzi costituenti l'essenza dell'invenzione brevettata.*

e) *L'art. 65 della legge sulle privative industriali, che toglie al contraffattore i mezzi adoperati per la contraffazione e l'oggetto contraffatto e ne fa attribuzione all'inventore defraudato, non si applica nei casi di costruzione che non può essere facilmente smerciata ed invece ha costui il diritto al ristoro dei danni nella misura del guadagno che gli è mancato.*

La Corte ha considerato che un'ordinanza del giudice istruttore del 7 ottobre 1892, sulla querela di contraffazione della sua proprietà industriale sporta dall'ingegnere Pasquale Colonnese, rinviò il Gennaro Sodano, responsabile di codesta contraffazione al pubblico giudizio del pretore urbano. Questo pendente, il Sodano nel dì 8 aprile 1893, iniziò giudizio di nullità ed invalidità dell'attestato di privativa pel manco di novità nel sistema; per il che, con ordinanza del pretore, fu soffermato il giudizio penale, che poi, a sua volta, finì con una sentenza del dicembre 1893, di non farsi luogo a procedimento, per la sopraggiunta amnistia dell'aprile di quell'anno. Dopo ciò, Eugenia La Cava, vedova del Pasquale Colonnese e madre dei costui figliuoli minorenni, nel 24 settembre 1894, spinse giudizio pel rigetto della istanza del Sodano, e per la nomina di un perito per la liquidazione dei danni derivabili dalla contraffazione. Su questa domanda, e sulle eccezioni di pendenza di lite, e di perenzione della istanza dell'aprile 1893, il tribunale quest'ultima accolse, e, stimando non giustificata la contraffazione pel disposto rinvio al pubblico giu-

dizio del pretore, ordinò a tal fine una perizia. Questa eseguita, e riprodottasi la lite pei provvedimenti diffinitivi, il tribunale di Napoli, respinse le eccezioni del Sodano della nullità del brevetto pel manco di novità della invenzione, e della sua decadenza per inazione, e, ritenendo che diverse nei loro fini fossero state le costruzioni del Colonnese e del Sodano, e che queste non costituissero contraffazione delle altre, con sentenza del 2 agosto 1895, allontanandosi dalle conclusioni del perito, respinse la istanza della La Cava. Dalla sentenza, con gravame principale, si è richiamata costei alla Corte, riproducendo tutte le ragioni di merito per la denunziata contraffazione: ed a sua volta, con gravame incidentale condizionato il Sodano, ripresentando, sotto questa forma, le eccezioni di nullità e decadenza dell'attestato di privativa, ed impugnando peculiarmente la esistenza della contraffazione, in quanto la costruzione Sodano, surta in un momento in cui la primitiva privativa del Colonnese era diventata patrimonio pubblico, non poteva rappresentare una fraudolenta imitazione di quella in rapporto al secondo brevetto, nel quale la sostituzione del ferro al legno non importasse, pel manco assoluto di novità, una invenzione capace di privativa.

Che le eccezioni di nullità e di decadenza dell'attestato di privativa, respinte dai primi giudici, e riproposte sotto le forme dell'appellazione per incidente, devono andar prima disaminate, come quelle che tengono alla vita giuridica della privativa industriale, le quali, se per avventura fossero accolte, renderebbero evidentemente inutile ogni discussione sul valore della contraffazione. E contro di esse, in quanto vengono riprodotte come appellazione incidentale, giova dileguare un equivoco, più che respingere una eccezione di giudicato accampata dalla La Cava: perciocchè queste non furon disaminate e respinte con la sentenza che dispose la perizia, la quale, nella esplicita deduzione di colei, accolse la eccepita perenzione della istanza del Sodano dell'aprile 1893, quella appunto che era diretta alla nullità del brevetto d'invenzione. Il che induce la conseguenza giuridica che, non mortificato il diritto, la deduzione stessa può rinascere sotto forma di eccezione ad una istanza contraria. La riproposta poi di codeste due eccezioni nel momento della riproduzione della lite, compiutasi la perizia, non potrebbe essere contestata in virtù della sentenza stessa, non essendo state esse fino a quel tempo presentate, e non essendo vietato dalle leggi del rito, aperto l'adito ad una indagine di fatto e di merito, proporre in diritto eccezioni tali, e così pregiudiziali che di quella indagine rendessero inutile la disamina. Oltre a ciò lo stesso tribunale nella sentenza appellata, ove pur in qualche parola accenna ad un giudicato sulla eccezione di nullità dell'attestato, ne discute, e la respinge; e contro codesta reie-

zione a buon diritto il Sodano avrebbe proposto l'appello incidente condizionato.

Che codeste eccezioni di nullità, e di decadenza per inazione non possono essere accolte. Il Sodano afferma che il tribunale non avrebbe dovuto prender l'una ad esame così come fece, indagando se gli attestati Colonnese nel titolo, e nella descrizione rispondessero alle condizioni volute dalla legge: in questi termini la quistione non sarebbe stata mai da lui proposta, che per vece avrebbe chiamata non nuova la invenzione, se la si fosse creduta consistere nell'uso di mattoni vuoti legno e ferro. Ma, anche da questo punto di vista, studiata la eccezione, senza discendere a quegli elementi estrinseci tenuti in conto dal tribunale, risultamento diverso non potrebbe ottenere. Imperocchè la novità dell'invenzione non istà puramente e semplicemente nell'uso di quelle materie esistenti in natura, e già note: sibbene in tutto il complesso dei modi di adoperamento e funzionamento di quelle materie, che, disposte secondo il concetto dell'inventore, offrono novelli risultamenti, da altri pria non ottenuti, e i quali costituiscono il prodotto industriale. Questo posarsi della intelligenza sulla materia bruta, che ne esce trasformata, o indiritta a novelle utilità, nel mondo industriale pria ignote, estrinsecata nelle forme dalla legge imposte, garentisce all'inventore la sua sacra proprietà intellettuale.

Che del pari non è più salda la eccezione di decadenza dal brevetto per inazione. Innanzi tutto qui giova avvertire, che di codesta decadenza, costituente per ragioni ben note, una delle limitazioni della proprietà industriale, deve fornire, per uniforme precetto della dottrina e della giuresprudenza, la prova chi l'allega; stantechè o si presenti sotto forma di azione, o di eccezione, è sempre la validità dell'attestato, che è il titolo per l'inventore della sua proprietà, che verrebbe ad essere sconosciuta; e di siffatto sconoscimento è tenuto ad offrire, chi l'invoca, la completa giustificazione. La quale il Sodano non presenta, nè si assume di fornirla. E pur nella specie l'attrice dal canto suo ha aggiunta la documentazione di non essere mai incorsa nella decadenza del suo brevetto, sia che la si voglia rinvenire nella mancanza di pratica entro l'anno dal conferimento di esso, come peculiarmente vien designandola il Sodano, sia dopo di questo; perciocchè, a partire dalle costruzioni di piazza Municipio, fatte sempre col suo sistema, dicasi pur modificato; da quelle nella villa comunale, a finire alle altre fatte nella colonia Eritrea, largamente documentate da note ufficiali, il Colonnese non perdette, e non sospese il suo diritto, sia in riguardo ai brevetti che la sua proprietà garentivano.

Che a distruggere le doglianze della signora La Cava contro la sentenza dei primi giudici, per la esclusa contraffazione, il Sodano

mette ogni opera a staccare i due brevetti del 1885 e 1889, e dicendo l'uno scaduto, l'altro non prolungamento nè completamento del primo, perviene alla conclusione, che la sua costruzione, che altra finalità raggiungeva da quelle del Colonnese, non potrebbe dirsi surta in contraffazione di queste; tantopiù che il secondo attestato del 1889, la cui efficacia, per la data appunto della costruzione, sola potrebbe invocarsi, per la semplice sostituzione del ferro al legno, non avrebbe il pregio della novità.

Che la difesa del Sodano in questo lavorio industre di distaccare i due attestati di privativa, si affanna indarno. Sia vero che il brevetto del 1889 fu conceduto quando quello del 1885 era scaduto, non essendo valso a mantenerlo in vita il pagamento della tassa tra i tre mesi, alla scadenza appunto della imposta stessa riferibili. Ma di fronte a questa condizione di fatto evvi il concetto, che sorge limpidamente luminoso dagli articoli 5 e 9 della legge sulle privative industriali, e che dà diritto per ogni modificazione d'una invenzione principale ad un novello attestato indipendente dall'altro, se di altri sia stata la modificazione: il quale costituisce poi come un attestato completivo, se questa sia stata dello stesso autore dell'invenzione principale. Del Colonnese era il primo attestato del 1885, per un sistema di costruzioni di case amovibili in mattoni vuoti e legno: a lui si spettava il secondo del 1889 pel nuovo sistema di costruzione Colonnese in mattoni forati legno o ferro. La dizione stessa del titolo richiama in questo tutto il sistema di costruzione, che lo stesso Sodano riconosce al Colonnese garentito dal primo attestato. Se dunque voglia ritenersi che per la scadenza di questo fosse entrato nel pubblico dominio il sistema, non può logicamente ed umanamente sconoscersi, che con la modificazione novella introdotta in quel sistema col brevetto del 1889, dallo stesso autore dell'invenzione principale vi sia ripigliato quello, che formante una sacra proprietà una volta, da altri non era stato appropriato. Non puossi adunque sconoscere, sia che quello del 1889 si consideri come novella modificazione, sia che si riguardi come un completamento del principale, l'intimo rapporto, e la connessione tra i due attestati. Per guisa che nel nuovo sistema Colonnese in mattoni forati legno o ferro non è la sola sostituzione del ferro al legno, cui devesi aver riguardo; ma tutto quell'insieme di elementi che costituivano il primitivo sistema, e che ritornati nel dominio del Colonnese, con la modificazione introdotta, e garentita dal secondo attestato, hanno ricomposto il nuovo sistema, obbietto della privativa industriale contraffatta; perocchè nel continuo rivolgimento e progresso di idee e pratiche industriali, espresse sia da invenzioni principali sia da modificazioni che ne conservano la natura, sta la estrinsecazione multiforme della proprietà industriale.

Che guardati così i due attestati, e studiati i titoli e le descrizioni che li illustrano apparrà chiara la lamentata contraffazione; imperocchè del sistema ideato risulteranno quelle ultime e precipue finalità, di sollecita e facile costruzione cioè, e di amovibilità cui, date le condizioni di tempo in che sorgevano, e i bisogni da provvedere, direttamente il Colonnese tendeva. In effetti dall'esame di fatto della costruzione delle due palazzine, il perito rilevò che. ad onta di minuscole e poco importanti differenze, quella del Sodano raggiungeva i due scopi della amovibilità e della facile ricomposizione e scommettitura voluta dal sistema Colonnese; non senza pur toccare, benchè i mattoni fossero orizzontalmente disposti e attaccati da malta, l'altro vantaggio di rendere con le camere di aria traversanti i mattoni, meno soggetti gli ambienti interni agli effetti termici esterni. Ed allora apparranno luminose le deduzioni dall'appellante La Cava espresse, che i titoli e le descrizioni dei due brevetti rendessero il concetto propostosi dall'inventore col suo nuovo sistema di far costruzioni, cioè, con l'insieme delle materie in una data forma disposte, agevolmente amovibili, e più facilmente componibili: e che il fatto dell'aeramento, pel collocamento in una guisa prestabilita dei mattoni forati rappresentasse, di che la descrizione del secondo attestato fa fede, non una finalità della costruzione stessa, ma una conseguenza naturale della materia impiegata, e del modo onde sarebbe stata impiegata.

Che da tutto questo erompe evidente la contraffazione, la quale consiste nel realizzare il concetto e nel conseguire gli scopi dall'inventore propostisi, movendo dallo stesso principio, e servendosi degli identici mezzi costituenti l'essenza dell'invenzione brevettata, benchè variata la forma, la combinazione ed il funzionamento loro. Il Sodano adoperando le stesse materie del Colonnese, e disponendole in certe guise, lievemente variate, coglie i medesimi intenti propostosi dall'inventore, l'amovibilità e l'agevole compositura, e di conseguenza il prodotto di codeste materie così combinate e disposte, la palazzina costruita cioè, non può non essere ritenuta in contraffazione. Nè a sottrarlo dalla responsabilà vale il soffermarsi in codeste lievi varianti, che i mattoni sieno nella costruzione Sodano collocati orizzontalmente e attaccati con malta, che l'aerameno non poteva stabilirsi con la forma progettata dal Colonnese, che le spranghe di ferro o le croci di S. Andrea non erano in quel sistema, che i cantonali dei telai sono fermati ai montanti ed alle traverse di legno con chiodetti anzichè con viti; perciochè è tutto il sistema di costruzione che è stato contraffatto, e le piccole notate modificazioni di qualche dettaglio e che, secondo il perito non ne costituscono miglioramento, non valgono a far dichiarare l'una invenzione diversa dall'altra.

Che come conseguenza della dichiarata contraffazione la signora La Cava chiede, a norma dell' art. 65 della legge l' aggiudicazione della palazzina contraffatta. Codesta domanda non potrebbe essere accolta. Senza dubbio codesto articolo toglie al contraffattore le macchine, gli altri mezzi industriali adoperati in contravvenzione, gli oggetti stessi contraffatti, nonchè gli strumenti destinati alla loro produzione, e ne attribuisce la proprietà al possessore della privativa. Ma esso contempla evidentemente quei casi più ordinarii di contraffazioni di proprietà industriali; nei quali, vigente tuttora la privativa, tutto quello che si è prodotto in frode, e che può essere agevolissimamente smerciato, i mezzi adoperati e gli strumenti, coi quali è stato prodotto, e che con la stessa facilità, altra fraudolenta produzione possono mettere su, costituisce una perenne violazione del diritto dell'inventore. Ma nella specie, ove la costruzione contraffatta non si può da un momento all'altro riprodurre, e l'agevolezza degli scambii non è possibile, tantoppiù che la privativa sarebbe già scaduta, la costruzione che ne sarebbe sorta, non si può agguagliare a quegli oggetti contraffatti, che la legge aggiudica all'inventore. La dottrina italiana, che non scorge in questo articolo una confisca data come penalità si acquieta a riguardarvi un provvedimento che valga ad evitare che gli oggetti contraffatti siano sollecitamente smerciati e adoperati, arrecando all'inventore quei danni, che con l'azione di contraffazione la legge stessa ebbe in mira di reprimere.

Che invece deve essere disposta la rivalsa dei danni ed interessi. È mestieri però, affinchè possa aversi una norma nel determinarli, che questi sien limitati a quel lucro all'inventore mancato, per la costruzione contraffatta, qualora, data appunto questa sua qualità, e la validità dell'attestato, avesse egli, per commissione avutane, la costruzione stessa direttamente eseguita. Imperocchè, non dovendosi mai perdere di vista la qualità dell'oggetto contraffatto, che è una palazzina, la cui riproduzione non è così agevole ed immediata, come un qualsiasi altro oggetto industriale, indipendentemente dall'indole giuridica sua, o mobile o immobile, è chiaro che il Sodano non potrebbe ad altro esser tenuto, che a rivalere quello di che egli, costruendo in contraffazione, si è avvantaggiato in danno dell'inventore. Per la determinazione di codesto mancato guadagno è utile disporre una nota specifica che la La Cava deve esser tenuta a fare; a questa il Sodano potrebbe apportare le sue osservazioni; e le contestazioni che ne sorgeranno, saranno disaminate dall'autorità del magistrato.

CORTE D' APPELLO DI NAPOLI (1ª Sez.)—*24 maggio 1897*

NUNZIANTE *PP.* — CONTI *Est.*

Ventura c.º de Medici

Testamento — Condizione di nozze a determinata età—Esame di fatti — Nullità — Conseguenze (art. 849, 850 cod. civ.).

Non può dirsi contraria alla morale ed alla legge la condizione imposta dal testatore, a carico di colui cui lascia il disponibile, di contrarre nozze in certe determinate condizioni; ma può essere dichiarata improduttiva di effetti per indagini di fatto e non vizia la disposizione.

Attesochè Antonio de Medici, con testamento olografo del 3 agosto 1892, dispose di tutti i suoi beni in favore dei figliuoli Pasquale, Silvio, Marietta e Felicia, e del discendente della figlia premorta Mariangela.

Egli con gli articoli 2 e 4, fece le seguenti disposizioni in favore dei due figli maschi. Art. 2º « Sotto la più stretta condizione so-
« spensiva e risolutiva, lascio del mio disponibile al mio figlio Pa-
« squale il fondo Feudo o Felicetta o Torre, con tutte le varie de-
« nominazioni e tutto quanto vi è annesso di fabbriche ed altro,
« nulla eccettuato, come pure i due fondi Turpello che comprai da
« D. Letterina Tavano, Maione Funaro e Giuseppe de Lucia, ed altro
« che comprai da Irene Zolco, e Dottor Felice Renda con le fabbri-
« che, casino, macchina, e tutto ciò che vi è, sito nel territorio di
« Sambiase; palazzo di famiglia, quartino avanti il palazzo e casa
« che fu di Rettura, fabbriche esistenti nell'abitato di Nicastro. Però
« tale porzione disponibile la riceverà mio figlio qualora si ammo-
« glierà non più tardi della sua età di anni 30 sposando una signo-
« rina, la quale abbia una età minore di esso Pasquale almeno di
« anni tre. Condizione necessariissima per ottenere detta proprietà
« assegnata del mio disponibile. In contrario resterà assegnata al-
« l'altro mio figlio Silvio.

« 4.º Assegno a Silvio sul mio disponibile il fondo Anna Marra,
« il giardino Carbone, siti in territorio di Nicastro, il palazzo nuovo,
« edificato sul suolo dell'ex giardino dei Riformati, strada Lassagna,
« e corrispondente giardino, siti nell' abitato di Nicastro, la vigna
« di S. Sidero sita nel territorio di Sambiase, con la spiega e con-
« dizione, che succedendo ad avere i fondi e proprietà assegnata a
« Pasquale per mancanza del non adempimento alle condizioni da
« me impostegli, o per altre cause fortuite, Pasquale prenderà la
« proprietà assegnata a mio figlio Silvio nel 16 marzo 1895. »

Deceduto Antonio de Medici nel 20 giugno 1893, il figlio Pasquale

nell'età di anni 25 sposò la signorina Giovannina Nicotera di anni 23 mesi sei, e giorni tre.

Egli nel 15 aprile dello stesso anno convenne innanzi il Tribunale di Nicastro la madre signora Vittoria Ventura in nome proprio e come amministratrice dei beni del figlio minore Silvio, e chiese il rilascio degl'immobili designati nell'art. 2° del testamento paterno, ritenendo non valida la condizione nel medesimo apposta.

Il Tribunale sulle deduzioni della convenuta disse non vietata dalla legge la condizione apposta dal testatore, alla quale l'attore contravvenne, e perciò decadde dal dritto di conseguire i beni designati; respinse la domanda. Pasquale de Medici produsse appello, e la Corte di Catanzaro con sentenza del 5-12 maggio 1896, disse inefficace la condizione apposta dal testatore, perchè in aperta violazione dell'art. 850 cod. civ., e riformando l'appellata sentenza accolse la domanda. Contro questa sentenza la signora Ventura produsse ricorso e la Corte di Cassazione ritenendo valida la condizione, annullò la sentenza e rinviò a questa Corte la causa per novello esame.

Attesochè presentasi di nuovo la quistione sul se sia valida la condizione imposta dal padre col suo testamento al figliuolo, cui legava una parte della quota di disponibile, di sposare una signorina che avesse l'età almeno di tre anni minore di quella del detto figliuolo.

Attesochè dispone l'art. 849 cod. civ. « Nel testamento si hanno « per non apposte le condizioni impossibili, e quelle contrarie alla « legge od ai buoni costumi ». Ed il seguente art. 850 dichiara: « È « contraria alla legge la condizione che impedisce tanto le prime, « quanto le nozze ulteriori ». Il primo dei mentovati articoli comprende tre ipotesi, che la condizione sia impossibile, che la condizione sia contraria alla legge, che la condizione sia contraria ai buoni costumi. La condizione è un avvenimento futuro ed incerto, dal quale dipende la giuridica validità della disposizione, ed è legalmente possibile od impossibile secondo che lo avvenimento sia lecito od illecito, e possa o pur no aver luogo. È illecito lo avvenimento quando sia contrario ai buoni costumi, o vietato dalla legge. Il legislatore nel secondo dei recitati articoli mentre adopera la parola *impedire*, e non già *vietare* non definisce in che debba consistere lo impedimento, nè lo potea perchè *in jure civili definitio omnis periculosa est,* e perchè il vedere se la condizione costituisca, o meno un impedimento deve essere abbandonata al criterio del giudice, giacchè mentre la legge è eguale per tutti, il sentimento etico è variabile, e quando devesi applicare la legge al fatto conviene tener ragione della diversità del costume che per quanto si attiene ai matrimonii varia secondo gli stati sociali, e può altresì avvenire che

per la varia elevatezza delle coscienze una condizione costituisca impedimento per una persona, e non costituisca impedimento per un'altra.

Attesochè riandando la storia della disposizione legislativa senza il soccorso di facile erudizione è agevole intendere come la legge volle togliere al testatore la facoltà d'impedire le nozze, non quella di limitarle; però il vedere quando la limitazione costituisca impedimento non si può con formole astratte, o sia favore restringendo i casi d'impedimento a quelli indicati dall'art. 68, e come contrapposto d'impedimento dirimento. La quistione non è di puro dritto ma è di fatto, perchè si riduce alla disamina del se nella condizione apposta dal padre al figliuolo cui legò taluni immobili si ravvisi un impedimento, ovvero una semplice limitazione alla libera scelta che il figliuolo possa fare di chi debba essere sua compagna nelle lotte della vita; disamina che porta ad indagare la mente del testatore, e questa indagine non è vietata, anzi è permessa, perchè tende ad armonizzare la libertà del disponente coi provvidi fini della legge.

Attesochè la facoltà di limitare le nozze accordata al testatore va intesa nel senso giuridico, cioè che abbia per iscopo il bene della futura famiglia, e quando non apparisce evidente siffatto scopo la condizione è sempre illecita e contraria ai buoni costumi, perchè vincola la più santa delle prerogative quella della scelta di una sposa, anzi tende a distruggere senza ragione sufficiente quella libertà che è il fondamento dell'unione coniugale. Così è permessa e devesi rispettare la condizione, che ha lo scopo di escludere dalla futura famiglia i germi del vizio, derivanti o da cattiva costituzione fisica, o dal cattivo costume, ma non può dirsi altrettanto della condizione che per avventura abbia lo scopo di perpetuare gli odii tra famiglie, ovvero di una condizione ridevole come quella che possa riferirsi all'altezza della persona, o al colore dei capelli, ovvero della condizione che sia ispirata a cupidigia di grossa dote, ovvero di quella che obblighi il figliuolo a manomettere la sua dignità venendo meno ad una parola onestamente data.

Attesochè nella presente causa sono notevoli tre circostanze, la prima, che Antonio de Medici fece altro testamento nel 20 aprile 1890, col quale mentre lasciò a Pasquale due terzi del disponibile, non impose al figliuolo la condizione che vedesi apposta in quello del 3 agosto 1892; la seconda che la condizione che egli impose a Pasquale non ripetè per Silvio, che sarebbe subentrato nella quota del germano, la terza che non si disconvenga dalle parti che la fanciulla da Pasquale prescelta appartenga ad illustre famiglia e sia di ottimi costumi.

Da queste circostanze la Corte vede appalesarsi il concetto che non fu dettato nello scopo di provvedere al bene della futura fa-

miglia epperò la limitazione della scelta costituisce impedimento, è contraria alla legge, e come tale è nulla ed inefficace.

Attesochè o con la mentovata condizione Antonio de Medici non intese alludere ad alcuna persona determinata, ed essa è ridevole, è poco seria e non può essere reputata degna di una mente che pretende regolare i destini di una futura famiglia, e costituisce una offesa alla libertà della scelta che potesse fare il figliuolo, o intese alludere alla signorina Nicotera, della quale forse ebbe ad accorgersi essere il figliuolo preso d'amore, e la convenuta signora Ventura non asserisce, nè chiede di provare che la medesima fosse deforme, o epilettica, o di cattiva costituzione fisica in guisa che avesse potuto dar vita ad organismi degeneri, epperò l'impedire quel matrimonio avesse lo scopo del bene della futura famiglia.

Attesochè se la condizione è contraria alla legge a mente degli articoli 849 e 850 cod. civ. deve essere dichiarata nulla. Però la nullità della condizione non produce la inefficacia della disposizione, perchè *quod nullum est nullum producit effectum*. E voler trascinare nella nullità della condizione anche la disposizione testamentaria come vorrebbe la signora Ventura, significa rendere inefficace la disposizione dell'art. 849 cod. civ. la quale vuole che si abbiano come non apposte condizioni simiglianti. Quando anche la condizione fosse stata la causa impulsiva e determinante della disposizione, è sempre da presumere che il testatore non l'avrebbe apposta se avesse saputo essere la medesima dalla legge vietata, e quindi nulla. Ma quando anche si volesse supporre che il testatore non ignorando la legge avesse saputo che la condizione era nulla e nondimeno l'avesse apposta, maggiormente la disposizione è da rispettare, perchè così voluta dal testatore.

La eccezione subordinata adunque della signora Ventura non merita accoglimento.

Attesochè in esplicazione di siffatti principii è da riformare l'impugnata sentenza che li sconobbe, e devesi accogliere la domanda di Pasquale de Medici in relazione alla disposizione testamentaria del suo genitore.

PARTE TERZA-BIBLIOGRAFIE

Domenico Cassini— *Allegazioni*—Volumi due — L. 12,50.

Utile alla scienza è la raccolta delle antiche allegazioni dei sommi avvocati del nostro foro per i pregi speciali che quelle contengono: proficua ancora essa riesce a taluni che possono così ricercare notizie di famiglia. Al

certo, dalle antiche allegazioni, si potrebbe ricostruire una storia di istituzioni, di Comuni, di privati se si pensasse di farne raccolta con criterii scientifici ordinandole nelle pubbliche biblioteche sotto il triplice criterio di data, di materia, di nomi. V' hanno allegazioni che formano altrettante monografie e che potrebbero gettar viva luce sopra tesi giuridiche tuttora controverse specialmente in tema di regio patronato di Chiese Palatine e di rapporti tra cittadini ed Enti Amministrativi.

Deve dunque farsi plauso al signor Domenico Cassini che, del suo omonimo venerato dottissimo prozio, ha cominciato a pubblicare le allegazioni raccolte per ora in due tomi. Forse è a deplorarsi che non siavi una buona disposizione delle materie o per lo meno che manca un' indicazione dell' argomento in testa a ciascuna memoria. Ma non può negarsi che le allegazioni pubblicate meritano di essere studiate ed offrono larga messe di cognizioni legali anche in controversie tuttora dibattute nei moderni tribunali.

Sono 8 le memorie raccolte nel I volume e 9 nel II, scritte tutte con chiarezza di dettato e precisione di concetti, mostrano una dialettica non comune congiunta mirabilmente ad erudizione non oziosa nè soverchia. Tra queste allegazioni è parsa degna di speciale attenzione quella a proposito degli effetti del matrimonio religioso sotto l'impero delle Leggi preesistite con espresso riguardo al quesito se esso valga a togliere nella donna la rappresentanza tutoria dei figliuoli minorenni procr ati con precedente coniuge. È una tesi invero trattata con larga cognizione delle leggi canoniche e potrebbe dirsi ancor ora di attualità in quelle non infrequenti dispute che si sollevano a proposito della *conditio viduitatis* e al riguardo delle decadenze apposte al binubo dal legislatore italiano. Segue l' allegazione per la Casa del principe di Cardito che parla assai diffusamente dell'istituto delle canonichesse.

Molto elegante è poi la memoria scritta pei signori Volpicelli nella quale si discorre della rappresentazione nella linea trasversale, la quale quistione diede recente motivo a lungo piato giudiziario.

In difesa del testamento mistico del barone Anastasio scrisse il Cassini un'elaborata allegazione (l' ultima del I volume) nella quale ragiona con sorprendente competenza delle forme dell' alienazione mentale in rapporto alle nullità testamentarie e si ferma a discutere ancora se la respirazione ansante possa produrre il disquilibrio dell'intelletto.

Degne anche di rilievo e ben più feconde di utili insegnamenti sono nel secondo volume la allegazione pel Monte Ossorio nella quale si ragiona dell'istituzione dei monti, dei quali molti furonvi in Napoli e taluni sono tuttora sotto amministrazione, aspettando che una legge ne affretti lo scioglimento e faccia seguire i benefici effetti voluti dal legislatore del 1811; ed è pur importante, comecchè anch'essa può riuscire di attualità, la memoria per Villamaina perchè in essa è fatto discorso delle opposizioni al matrimonio e dei motivi che valgono a sorreggerle.

Ci auguriamo che il Cassini dia presto mano alla pubblicazione degli altri volumi.

Avv. Errico Barone

PARTE PRIMA-DOTTRINA

La quistione degli esposti

I. — INTRODUZIONE

1. *Assistenza pubblica, obbligo dello Stato, obiezioni dello Spencer.*—2. *Considerazioni generali sull' assistenza per l' infanzia abbandonata.*

1. L'ufficio proprio dello Stato, osserva il Prof. Persico (1), è la tutela del diritto; e l'obbligo essenzialmente morale è dell' individuo. Ma ciò non vuol dire che lo Stato non deve intervenire nelle funzioni sociali per migliorare la condizione comune. Anche la sanità, la produzione economica, la coltura intellettuale sono fatti e dovèri dell' individuo; ma anch' essi escono dalla mera funzione giuridica per entrare nella sociale dello Stato.

Non sempre l' individuo ha i mezzi e le forze di curarsi, di lavorare, e di studiare; lo stato di miseria, in cui piombano alcuni cittadini, li rende spesso inabili a sollevarsi da sè e a mantenere la loro esistenza. In questi casi è necessario l' intervento dello Stato per sollevare gli sventurati e togliere alla società il fomite del male. Certamente uno Stato non si può dir vegeto e forte; quando migliaia di uomini accatteranno la vita per le strade, o scioperati e macilenti si volgeranno al vizio, alla prostituzione, o al delitto.

Il principio morale e cristiano, che ci obbliga a considerare gli uomini come fratelli, a soccorrerli nelle necessità e dividere con essi le vesti, il pane, il tetto che loro mancano, se è un precetto di religione, è diventato oggi una funzione essenzialmente sociale; la quale si sviluppa e si esplica sotto diverse forme, cioè con gli ospizi per i poveri, con gli ospedali per gli ammalati, con le società di lattazione, i brefotrofi, gli asili infantili, gli orfanatrofi per i bambini, con le case di lavoro, gl' istituti di previdenza, di risparmio e di credito popolare per gli operai. Se tutte queste opere sorgono spesso per iniziativa privata, pure occorre un' azione indiretta, tutelatrice, e orga-

(1) *Diritto Amministrativo*, 2a ediz. Napoli 1876, vol. II.

nizzatrice, che ne assicura lo svolgimento e garentisce gli effetti, salvo al Governo, alle provincie e ai comuni di concorrere a quegli istituti di beneficenza che più stima utili ai bisognosi d'aiuto. In questo appunto consiste l'*assistenza pubblica*, la quale, in tesi generale, si può definire l'intervento dello Stato o di una sua frazione amministrativa (Comune e Provincia), diretto a sollevare la miseria nelle sue manifestazioni più frequenti.

L'assistenza pubblica, adunque, se prima era considerata come un'opera di carità imposta dalla religione, oggi è una missione dello Stato, avente l'ufficio di prevenire, scongiurare e soccorrere la miseria. Essa, quindi, è un carico dello Stato, il quale in un'orbita più o meno estesa di soccorsi, supplisce con l'imposta all'insufficienza dei mezzi economici di cui dispongono i diversi istituti pii, e, quando occorra, ne crea di nuovi a carico esclusivo del pubblico tesoro.

Però contro l'assistenza pubblica da parte dello Stato furono in questi ultimi tempi mosse alcune obiezioni dal punto di vista, essenzialmente, della così detta « teoria darwiniana »; obiezioni, a cui lo Spencer diede una formola più netta, più precisa. Costui, partendo dal principio della legge biologica darwiniana sulla selezione dipendente dalla lotta per la vita *(struggle for life)*, lotta, nella quale gli organismi più adatti prevalgono sui meno adatti e più deboli, che via via sono eliminati, condanna ogni specie di pubblica beneficenza o di carità legale. Egli scrive (1): « La povertà degl'incapaci, la miseria degl'imprudenti, la eliminazione degli oziosi e quel farsi avanti dei forti, che scarta i deboli, e ne riduce un sì gran numero alla miseria, sono i risultati necessari di una legge generale, illuminata e benefica ». Quando lo Stato, lasciandosi guidare da una filantropia male ispirata, mette ostacolo all'affermarsi di questa provvida legge, in vece di diminuire i mali che affliggono l'umanità, non fa che aumentarli e « tende a riempire il mondo di esseri per cui la vita sarà una pena, e ad eliminarne quelli per cui l'esistenza sarebbe un piacere; esso crea il dolore e allontana la felicità » (2).

Ma alle obiezioni di Erberto Spencer rispondiamo col Lavelaye (3) che l'errore fondamentale dello Spencer consiste nel credere che col ridurre nella più ristretta sfera possibile le attribuzioni dello Stato, l'affermazione completa della legge darwiniana della sopravvivenza del più forte sarebbe senz'altro assicurata. Nelle odierne società umane gli individui agiscono tutti sotto l'impero delle leggi civili che regolano la proprietà, l'eredità, le obbligazioni, la prescrizione, delle istituzioni politiche e amministrative e di tutto quel complesso sistema di leggi, che riguardano gl'interessi materiali.

(1) *The Man versus the State.*

(2) *Moral Statistics.*

(3) *L'État et l'individu, ou Darwinisme social et christianisme.*

Perchè le leggi naturali e in particolare quella della sopravvivenza del più forte regnassero in seno alle società umane, bisognerebbe distruggere questo immenso edifizio di legislazione, e ritornare allo stato selvaggio in cui vivevano probabilmente gli uomini primitivi, alla foggia degli animali, senza proprietà, senza successione, senza protezione dei diritti dei più deboli da parte dello Stato.

Adunque l'assistenza pubblica è un dovere della Società organizzata dello Stato; essa ha il suo fondamento nel sentimento, vivo così nell'individuo come nell'intera nazione, del dovere dell' umanità e della filantropia: nessuno ha da dover morire per mancanza di mezzi di sussistenza.

2° Una forma di assistenza, la quale ha grandi e importanti doveri, e ha tenuto preoccupato le società antiche, e preoccupa tuttora le moderne società, è quella diretta all' infanzia abbandonata.

Sin dalla più remota antichità i bambini, che si rinvenivano esposti ed abbandonati sulla pubblica via, sui gradini dei tempii, sulle porte dei teatri e in altro qualsiasi luogo pubblico, e dei quali non si conoscevano i genitori, si chiamarono esposti e derelitti (*expositi, derelicti*), e poi trovatelli (*enfants trouvés*), nomi con i quali si esprimeva e tuttora si esprime la infelice loro condizione.

In tutti i tempi e in tutti i luoghi la esposizione e l'abbandono dei fanciulli neonati appare essere stato miserando retaggio di tutte le umane società. La generalità, la costanza e l'incessante rinnovarsi del fatto autorizzano a ritenerlo quale triste ed inevitabile condizione dell'umano consorzio, e costringe alla desolante conclusione che non vi ha contro questo gravissimo male un radicale rimedio. La dissolutezza, la depravazione, l'egoismo, la miseria nel generante, il sentimento della colpa, la vergogna, il timore del disonore nella genitrice, furono e saranno sempre i morali incentivi che cospirano a danno dell'innocente, frutto della colpa e della corruttela.

Ma la causa principale di questo male è, per lo più, il pudore; siccome il pudore è il fondamento della vita della donna, essa dopo la colpa, vergognosa, sente risvegliare il suo orgoglio; rifugge di sentirsi condannata e reietta, e non le resta altra speranza che di scendere ancora più abbasso, con l' abbandono del pargolo, quando in preda al terrore e al rimorso non lo getta nella fogna.

Il problema relativo ai trovatelli è grave e delicato, e alla soluzione del medesimo non tutti sono di accordo.

Osservano alcuni che il palpito del cuore, il senso di umanità, il grido pietoso della carità impone agli uomini di raccogliere e soccorrere quell'innocente, che trovasi abbandonato sulla via ed esposto alle intemperie, alla fame e alla morte, che con i suoi vagiti accusa la barbarie di chi gli diede la vita e im-

plora il soccorso di chi può sottrarlo alla tomba. La necessità quindi degli ospizi dei trovatelli, e la ruota è una delle più pie ispirazioni della modesta e prudente carità cristiana. Non si può essere abbastanza solleciti e generosi per questi piccoli esseri infelici, che le spietate loro madri abbandonano, e che incontrerebbero inevitabilmente la morte se la pubblica beneficenza non porgesse loro una mano soccorritrice e non li raccogliesse in appositi asili. Sarebbe cosa inumana, aggiungono costoro, far ricadere sopra queste innocenti creature, qualunque sia il loro numero e di qualunque parte esse vengano, la colpa e la imprevidenza dei loro parenti: esse non chiesero di nascere e la loro crudele sventura è un titolo di più alla pubblica commiserazione.

Dall' altra parte osservano altri che la ragione e l'esperienza insegnano, che, accettando troppo facilmente e come un obbligo legale e costante di mantenere ed allevare i bambini derelitti, si corre il pericolo d' incoraggiare l' esposizione, di distruggere il sentimento del dovere nei parenti e del pudore nelle donne, di far degenerare la carità in un guiderdone offerto al disordine e alla immoralità. Quindi, gli ospizii dei trovatelli sono una provocazione al mal costume, un eccitamento all' oblio dei sentimenti più naturali e dei più sacri doveri, ed hanno corrotta la pubblica morale in quanto la facilità dell' ammissione in essi dei fanciulli abbandonati tende a sciogliere i legami della famiglia e a produrre il più colpevole abuso della paternità e della individuale responsabilità. La ruota, dicono essi, si rivolta contro la società che la mantiene, essendo un' incessante provocazione all'esposizione, e sotto questo rapporto esercita una deplorabile influenza sulla moralità delle classi operaie, favorisce perfino l'abbandono dei figli legittimi.

Di qui la incertezza e la perplessità nell'adottare provvedimenti più o meno conformi all' uno o all'altro dei due sistemi. E la storia ci ammaestra come, non solo in alcuni periodi di tempo e presso certe nazioni ci sia stata assoluta e dura indifferenza per la sorte di questi esseri sfortunati, ma siasi eziandio autorizzato e posto in opera l'inumano getto ai cani, alle fiere e nei fiumi di queste piccole vite, non altrimenti che se si fosse trattato di parti di vili bestie; mentre poi in altre epoche, sotto la influenza di più pura religione e di più miti costumi, si videro filantropi e donne raccogliere nelle loro braccia e scaldare col loro petto gli assiderati pargoli innocenti, che la più crudele dissolutezza ed il più duro cinismo gettarono di notte nelle vie delle capitali, dove la corruzione e la miseria avevano più esteso dominio.

È necessario perciò che la pubblica autorità provveda al mantenimento degli esposti, di questi infelici, a cui, come con felice frase fu detto, *Deus vitam, voluptas membra, charitas spiritum dederunt.*

II. — Cenni storici

3. *Considerazioni gererali.* — 4. *Popoli orientali.* — 5. *Popoli greco e romano.* — 6. *Grecia.* — 7. *Roma.* — 8. *La chiesa cristiana: i primi ospizi per gli infanti abbandonati.* — 9. *S. Vincenzo De Paoli.*

3. Le società antiche, però, furono tutte, qual più qual meno inumane verso i fanciulli, verso questi poveri esseri, che, una volta concepiti, correvano rischio di non venire alla luce, e, nascendo, venivano in gran numero votati alla morte dagli stessi loro genitori.

4. I Fenicii, i Babilonesi, gli Egizi, gl'Indiani e i Cinesi, lungi dall'avere qualche sollecitudine per gli esposti, non ne curavano e più spesso ne spegnevano la esistenza, ed orrori si commisero e si commettono tuttora in Cina sui neonati, che si danno in pasto ai cani e si annegano a migliaia nei fiumi.

5. Nè diverse erano le idee e la pratica dei popoli greco e romano. Presso questi popoli, in cui si assisteva con diletto alla morte degli uomini e con fredda indifferenza ai cruenti sacrifizi dei fanciulli per calmare l'ira dei numi avidi di sangue umano, in cui profondi filosofi e pensatori, come Platone, Aristotile e Seneca, ritenevano che fosse non solamente lecito, ma utile e necessario al buon governo della cosa pubblica limitare il numero dei nati che si avevano a conservare in vita, e si dovessero irremissibilmente uccidere gl' illegittimi, gli storpii, i male conformati, i deformi e gli stremi di forze; in questi paesi in cui sul Taigeto e nel Tevere andavano a finire miriadi di queste piccole vittime, nelle quali l' umana vita era compendiata nel nascere, nel piangere e nel morire, in questi paesi dove si procurava la distruzione di questi esseri nelle stesse viscere materne; non deve far meraviglia se il fanciullo abbandonato avesse poco da sperare dagli estranei.

6. E difatti sembra che in molte città della Grecia era adottato il costume della esposizione degl'infanti, e Aristotile consigliava la permissione di un fatto così contrario alla natura e alla civiltà: « De exponendis autem vel tollendis partubus lex esto, ne quid mancum et debile alatur. Propter multitudinem autem liberorum, ne plures sint quam expediat, si gentium instituta et leges vetent procreata exponi: definitum esse oportet procreandorum liberorum numerum. » (Lib. 7 *de republica* c. 16).

Però la città di Tebe non autorizzava l'abbandono dei bambini: « Ne cui Thebano liceret infantem exponere, neque in solitudinem abjicere, capitis supplicio constituto (Aeliano, lib. 2, Var. histor. c. 7).

In ogni modo, se in generale quei popoli erano poco sensibili e perfino crudeli verso i fanciulli abbandonati, tuttavia questo orrido stato di cose era in parte temperato dalla carità cittadina e più spesso ancora dall'interesse di esperti speculatori.

7. In Roma sembra che per una legge di Romolo e anche per le XII Tavole non fosse permesso esporre i fanciulli di fresco nati, e pare che questo divieto fosse limitato ai figli maschi e alle figlie primogenite: « Romulus igitur his institutis civitatem instructam et ornatam, tam ad pacem, quam ad res bellicas, satis habilem et idoneam reddidit, eamque hac ratione et magnam et frequentem fecit. Primum quidem eius colonis necessitatem imposuit educandi omnem virilem prolem, et e filiabus eas, quae primogenitae essent, et vetuit, ne ullum foetum triennio minorem necarent, nisi si quis infans mutilus aut prodigiosus statim in ipso partu editus fuisset. Nam non vetuit istiusmodi monstruosos partus a parentibus exponi: dummodo eos prius ostenderent quoque vicinis proximis, si et ipsi id comprobarent. In eos vero qui contra leges istas fecissent, mulctas statuit, cum alias, tum etiam hanc, qua dimidium bonorum, quae illi possiderent, aerario addixit. » (Dionysius Halicarnasseus, Lib. 2). E questo principio pareche sia stato anche mantenuto da una legge delle XII Tavole, e in seguito invalse il costume di esporre i fanciulli di recente nati, senza alcuna limitazione, se fossero validi o deboli, maschi o femmine, di fattezze umane o mostruosi, ciò durò fino all'epoca dell'Impero e anche dopo il cristianesimo.

In generale, però, la Roma pagana aveva leggi, costumi e dottrine crudeli verso i piccoli e i deboli; invano s' invocava la protezione per i miseri, là dove trionfava solo un indirizzo di materialismo utilitario. I neonati erano abbandonati nelle cloache, nei letamai, o nei campi alla voracità delle belve: la sorte di essi era uguale a quella degli animali; ed erano ben fortunati coloro che una precoce morte sottraeva a mali maggiori. Un imperatore romano pronunziò contro i bambini esposti la terribile apostrofe: « *a loro sia gloria la morte e supplizio la vita* ».

8. Ma quando l' impero romano cadde, e dalle rovine del mondo pagano radiò in un orizzonte di luce l' alba del cristianesimo, cominciò a prepararsi il trionfo della carità che fu la sintesi della nuova religione. S' ingentilirono i costumi sotto l'influsso di una nuova parola che insegna l' amore del prossimo, l'uguaglianza e la fratellanza: ogni sventura destò un sentimento di simpatia e di benevolenza. Con la liberazione degli schiavi e la redenzione della donna surse la protezione per l'infanzia, racchiusa nelle dolci parole di Cristo: « *Sinite parvulos venire ad me* ».

I primi Padri della Chiesa inveivano contro l'abbandono dei fanciulli, raccomandando un religioso rispetto per la loro vita: l' operosità della Chiesa nascente, in favore di chi soffriva, sorprende; l' eloquenza cristiana al cospetto dello spirante paganesimo, per inculcare la pietà e l'elemosina, fu davvero straordinaria. All' ombra della chiesa cristiana le fondazioni pie sursero e si svilupparono a centinaia, ogni manifestazione più saliente della miseria fu sollecitamente soccorsa. E così si ebbero gli

orphanatrophia per gli orfanelli, i *ptochotrophia* per i poveri, i *xenones* per i viaggiatori o pellegrini, i *nosocomia* per i malati i *gerentocomia* per i vecchi, e i *brephotrophia* per i trovatelli.

La chiesa riconobbe che la esposizione d'infante é lesiva dei diritti dell'uomo, e la proibì.

Ma non riuscendo nello scopo d'impedirla, ordinò che le madri, le quali ricorressero all'esposizione per disperdere le tracce della loro colpa, deponessero i figli di nottetempo innanzi alle porte delle chiese, affinchè l'indomani raccolti potessero essere affidati a chi avesse di loro cura ed assistenza (*Regino de causis synodalibus* II, 68 concil. di Rouen 650 c.). Ed in seguito, per opera della stessa chiesa, sursero delle case destinate a ricoverare i trovatelli.

Fu allora che, secondo il Muratori l'arciprete Dateo, cedendo più all'impulso del cuore, che ai rigorosi dettami della ragione, nell'anno 787 fondò in Milano un ospizio per raccogliervi e soccorrervi i figli della colpa: « Volo atque statuo, ut cum tales foeminae, quae instigante adversario ex adulterio conceperint et parturierint, si in Ecclesiam provenerint continuo per praepositum colligantur et collocentur in praedicto exsenodochio, atque nutrices eis provideatur mercede conductae, quae parvulos nutriant et ad Baptismatis purificationem perducant, et cum ablactati fuerint, illic demorentur usque ad annos septem, et artificiis quolibet imbuantur sufficienter, habentes ab ipso exsenodochio victum et vestitum. »

Questo ospizio, a quanto pare, diede origine all'idea della ruota o torno, che più tardi Papa Innocenzo III tradusse in fatto facendola apporre all'Ospedale di S. Maria in Sassia, ove, nel silenzio della notte e nell'ombra del mistero, venivano con la massima facilità e sicurezza posti i fanciulli e con un semplice giro della ruota spinti nell'interno dell'ospizio, avvertendo col tintinnio di un campanello chi era preposto a raccoglierli.

Questo nobile esempio però o non ebbe imitatori oppure le memorie e i monumenti ad esso relativi furono distrutti dal tempo, e per il corso di due secoli nessun ricovero si aprì a rimedio dell'incessante strage di tanti innocenti; e solo nel secolo X un istituto religioso, che si diffuse nella Borgogna come dedito particolarmente al soccorso degli orfani e dei fanciulli abbandonati, fondò ricoveri a sollievo di queste due sociali miserie.

Nel secolo XI Oliviero de la Fraie, istituendo in Mompellieri l'ordine ospitaliere dello Spirito Santo, imponeva allo stesso in modo espresso la cura dei trovatelli. Vennero a tale scopo aperte case nella stessa città di Mompellieri, poi in quella di Marsiglia, e quindi in Italia nella città di Bergamo, e poco tempo dopo, cioè nel 1198, fu in Roma nell'ospedale di Santo Spirito destinato un vasto compartimento a ricovero e nutrizione degli esposti. Quell'ordine dello Spirito Santo, ad imitazione dello ospizio di

Roma, non mancò a munire delle ruote gli ospizi di Mompellieri, di Marsiglia e di altri stabilimenti.

Nel 1316 Cellini fondò l'ospizio dei trovatelli in Firenze sotto il nome degl'*Innocenti*, che esiste tuttora; un altro fu fondato a Venezia nel 1348 e altro in seguito a Parigi nel 1362. L' *Hôtel Dieu* di Lione, nel 1523, destinava un vasto suo compartimento per ricoverarvi ed allevarvi i trovatelli.

9. Quegli però che seppe organizzare e compiere una splendidissima opera di carità a favore dell'infanzia fu un umile sacerdote, S. Vincenzo De Paoli, il quale consacrò gran parte della sua esistenza e delle sue fortune al compimento di una nobilissima missione riparatrice di carità.

A Parigi, più che altrove, perchè città molto popolata, si verificava notevolmente questo disordine della esposizione di fanciulli, nati di fresco, con pericolo della vita.

Questi fanciulli, al tempo di Luigi XIII, erano raccolti dai Commissari di giustizia, i quali li consegnavano a una vedova, che aveva obbligo di allevarli in una certa casa, chiamata per ciò *casa del parto*. Però siccome questa sola donna con poche serve non poteva provvedere all' educazione di tanti fanciulli e la rendita di lire 1300 o 1400 assegnata a questo scopo non era sufficiente per mantenere le balie e i fanciulli, molti di questi morivano di pura miseria; inoltre in questa casa si ebbero a verificare gravi abusi, giacchè le donne di servizio, stanche delle cure che portavano a un numeroso stuolo di fanciulli esposti, facevano di molti di essi scandaloso traffico, vendendoli per pochi soldi a stregoni per pretese operazioni di magia e ad accattoni, dai quali erano mutilati o contraffatti, onde eccitare con la vista di queste miserabili creature la commiserazione e la carità dei passanti; altri di questi esseri innocenti morivano in seguito a violenti sonniferi, loro somministrati dalle serve, le quali non volevano essere molestate dai loro vagiti.

Fu allora che apparve S. Vincenzo De Paoli, in cui i fanciulli derelitti ebbero un vero benefattore, un padre. Costui, per porre rimedio a tanta crudeltà e infamia, pregò alcune Dame della Carità di visitare questa *casa del parto* per apportarvi i rimedi opportuni.

Costoro, a titolo di esperimento, nel 1638 presero dodici bambini dalla casa estraendoli a sorte e li affidarono alle cure della signora Ludovica Le-Gras e ad alcune Figlie della Carità. In seguito, nel 1640, queste Dame si riunirono sotto la direzione di S. Vincenzo e deliberarono di fare allevare tutti i bambini che si trovavano nella casa del parto affidandoli alle cure delle Figlie della Carità: in questa opera, eminentemente umanitaria, per le preghiere di S. Vincenzo, concorse la Regina Madre con l'assegno annuo di lire 12 mila.

Ma pur troppo le spese superarono di molto gl'introiti, e allora S. Vincenzo nel 1648 radunò di nuovo le Dame, e con la sua

eloquenza le infervorò a tal segno, che queste deliberarono di mantenere a proprie spese l'opera dell'ospizio dei trovatelli, a tale uopo chiesero ed ottennero dal Re le fabbriche del Palazzo di Bisestro, dove erano alloggiati i bambini dopo slattati. Ma per la cattiva aria di questo paese, molti bambini morirono; allora le Dame presero in fitto una casa a Parigi nel Borgo S. Lazaro, nella quale i bambini erano mantenuti e allevati dalle Figlie della Carità (1). Con editto del giugno 1670 il re diede a questo ospizio l'esistenza legale, assegnandogli vistose rendite e dandogli una buona amministrazione.

III. — Legislazione comparata.

10. *Francia.*—11. *Inghilterra.*—12. *Spagna.*—13. *Portogallo.*—14. *Belgio.*—15. *Olanda.*— 16. *Austria.*

10. La Rivoluzione francese, abolendo i feudi, sottrasse i Signori all'obbligo di accordare l'asilo e sopperire alle spese dell'allevamento dei fanciulli, che venivano esposti e abbandonati entro i confini delle feudali loro giurisdizioni. Ogni comune aveva l'obbligo di tenere un luogo di deposito per ricevere i fanciulli abbandonati e provvedere ai loro primi bisogni. Furono fissate delle indennità per le famiglie che avessero mantenuto ed educato i trovatelli, i quali furono chiamati figli della patria, allo scopo di rialzarne la condizione. La legge del 27 frimaio anno V, riproduce l'obbligo nello Stato di provvedere alle spese di questo servizio e pone i trovatelli sotto la protezione dei municipii. Un regolamento del 30 ventoso anno V, completando la legge del 27 frimaio dello stesso anno, ordinò il collocamento dei fanciulli nelle campagne presso privati, secondo la loro età; in fine una nuova legge dell'anno XIII affidò alle Commissioni amministrative degli ospizi la tutela dei trovatelli e ne regolò l'esercizio e le condizioni,

La legge e il regolamento dell'anno V avevano avuto per risultato di fare aumentare in proporzioni enormi la cifra annua dell'infanzia abbandonata; essa saliva nel 1789 a 40,000 nel 1801 a 63,000 e nel 1810 a 80,000. Si dovevano quindi prendere serie misure, che vennero iniziate col decreto 19 gennaio 1811. Con questo fu riconosciuto l'obbligo nello Stato di soccorrere i trovatelli, prescrivendo che in ogni circondario vi fosse un ospizio destinato a riceverli con l'uso di una ruota o torno. Pose le spese delle nutrici e delle pensioni fra le spese pubbliche, salvo il concorso degli ospizi aventi redditi e dei Comuni; volle che i fanciulli, in tal modo allevati dallo Stato fossero intieramente lasciati a sua disposizione, concesse ai parenti il diritto di ritirare i loro figliuoli a condizione di pagare, essendone in grado, tutte le spese

(1) Acamo, *Vita di S. Vincenzo De Paoli*, Napoli, 1730.

da essi cagionate, in fine puniva con le pene ivi sancite chi era convinto di avere esposti fanciulli o di farne abitualmente il trasporto agli ospizi.

Ma non ostante questa legge, pure l' aumento dei fanciulli abbandonati era notevolissimo: questi nel 1883 salirono a 127000!

La legge del 5 maggio 1869 affidava agli ospizi la cura dei trovatelli, degli orfani e dei fanciulli, le cui spese si distinguono in esterne, interne, e d'ispezione e sorveglianza.

La legge del 10 agosto 1871 sui Consigli generali, intese ad accrescere l'autonomia dei dipartimenti, nel fissare con gli art. 60 e 61 le spese dipartimentali obbligatorie, non comprese tra le medesime nè quelle per i mentecatti, nè quelle per gli *enfants assistés*, nè stabilì che si dovessero considerare anche in avvenire come obbligatorie le spese derivanti dall'applicazione di leggi speciali anteriori. Per queste ragioni manca oggi il modo di costringere i dipartimenti alle spese contemplate dalle leggi del 1838 e del 1869, senza però che i dipartimenti stessi nel fatto si rifiutino di sostenerle nella misura dei loro mezzi.

11. Addison, nel 1713, proponeva la fondazione d' un asilo che ospitasse i trovatelli di Londra; solo vent'anni dopo, per opera di Tommaso Coram, si effettuì l' opera filantropica. Costui si rivolse alla Corte, ai più grandi poteri dello Stato, agli scrittori del tempo, ai maestri di musica, a tutti in fine, e dappertutto ebbe degli aiuti e anche delle pitture che decoravano le sale di quel brefotrofio. Questo stabilimento benemerito, destinato ad accogliere soltanto 400 fanciulli, ne conteneva 1000 nel 1752, 6000 nel 1760. Il Parlamento, spaventato di questi risultati, si affrettò a mutare lo scopo di quell'ospizio, e d'allora ai trovatelli applicò nuovamente lo Statuto del 1602, secondo il quale il mantenimento degl' indigenti spetta alle parrocchie.

Non si conosce in Inghilterra nè la ruota, nè l' ammissione d' ufficio, e prima di prender cura d' un esposto, la parrocchia fa un' inchiesta per scoprire i genitori; trovata la madre, se maritata le si rimanda il figlio; se è nubile, vien forzata a dichiarare il complice del suo fallo, e questi è obbligato a pagare una pensione al fanciullo.

12. In Spagna un decreto di Carlo IV in data del 23 gennaio 1794, ordinava che i trovatelli senza padre conosciuto, fossero considerati come legittimi e ammissibili a tutti gl' impieghi civili. I tribunali dovevano punire come colpevoli d'ingiuria e d' offesa le persone che si permettevano di dare ad un trovatello il nome di *bastardo*, d'adulterino o altri simili: essi non dovevano subire alcuna pena infamante, ma soltanto quelle che possono essere imposte alle persone privilegiate.

Prima dell'invasione di Napoleone, i fanciulli erano affidati a speciali nutrici, sia nell' interno degl' istituti ospitalieri, che alla campagna.

Ora l' infanzia abbandonata è regolata dal regolamento gene-

rale del 6 febbraio 1822 completato con alcune modificazioni particolari da quello del 4 maggio 1852. Nel capoluogo d' ogni provincia vi debbono essere asili per fanciulli bisognosi d' assistenza, le ammissioni sono circondate dalla massima segretezza, e si effettuano generalmente a mezzo della *ruota*. Ogni asilo tiene un registro-matricola degli entrati, e il bambino viene tosto affidato a nutrici esterne. Dove mancano gli ospizii di maternità, la cura di ricevere i neonati abbandonati incombe alle Giunte municipali di beneficenza.

13. Prima del decreto del 21 novembre 1867, il Portogallo provvedeva ai trovatelli col sistema della ruota, per la quale vigeva un decreto del 19 settembre 1836. Il decreto del 1867, che sopprimeva le ruote, faceva una eccezione a favore della ruota della *Misericordia* di Lisbona, istituto sovvenzionato dallo Stato e sottoposto alla sorveglianza dei suoi ispettori.

14. Finchè il Belgio fu unito alla Francia esso fu sottoposto al regime del decreto del 1811.

Nel 1850, in seguito ad un rapporto indirizzato al Re dei Belgi nel 1847 dal ministro di giustizia, fu votata la soppressione delle ruote: l' ultima ruota, quella d' Anversa, fu chiusa nel 1860.

La legge che ora vige nel Belgio relativamente i trovatelli e i fanciulli abbandonati è quella del 14 marzo 1876. Secondo quella legge i trovatelli, nati da padri e da madri sconosciuti, hanno il loro domicilio di soccorso nel Comune sul territorio del quale furono trovati. Le spese della loro assistenza sono, sino alla concorrenza di tre quarti, sopportate in parti eguali tra lo Stato e la provincia dove è parte il Comune; la quarta parte è a carico del Comune, o, meglio, degli ospizi e degli uffici di beneficenza.

15. In Olanda per l' art. 33 cod. civ. colui, che trova un neonato, è obbligato a farne dichiarazione all'ufficiale dello Stato civile del luogo, ed è obbligato a indicare e mostrare le vesti e gli altri effetti trovati col fanciullo e a dichiarare tutte le circostanze di tempo e luogo ove il fanciullo venne trovato.

Di tutto ciò si farà un processo verbale, in cui vengono stabiliti l' età apparente del fanciullo, il suo sesso, i segni distintivi che può portare i nomi che gli vengono imposti, come pure quello dello stabilimento o della persona cui viene affidato.

16. In Austria esistono dei brefotrofi, benchè la legge sancisca la ricerca della paternità. Questa legge però ha un carattere esclusivamente finanziario, perchè tende ad esonerare le pubbliche amministrazioni dalla spesa degli esposti. I genitori di figli illegittimi hanno l'obbligo di pagare per un certo tempo le spese di baliatico. Dopo ciò, cessa qualsiasi rapporto legale fra padre e prole illegittima: l' esposto non ha diritto di essere legittimato, nè di portare il nome paterno, nè partecipare all' eredità.

Quei bambini poi, dei quali non è possibile rintracciare i

genitori, sono ricoverati negli ospizi, i quali, in Austria, veramente non conservano quel carattere che hanno presso le nazioni precedentemente accennate: così rappresentano un *quid medium* tra il brefotrofio e l' orfanotrofio.

A Vienna un grande Ospizio fu fondato da Giuseppe I nel 1784. Vi sono ammessi bambini a pagamento. L'ammissione gratuita si verifica solo nei casi di bambini che furono trovati per le strade o nati da genitori assolutamente poveri, o quando le rispettive madri si obbligano a far da nutrice per quattro mesi nell' asilo stesso degli esposti.

IV. — Legislazione degli Stati Italiani.

17. *Nozioni generali dei diversi Stati.* — 18. *Regno di Napoli.*

17. Prima del 1865 in tutta Italia la spesa per il mantenimento degli esposti era obbligatoria in tutte le provincie.

Il servizio veniva adempiuto da appositi ospizi, detti brefotrofi, salvo il rimborso di quanto avesse ecceduto le rispettive rendite patrimoniali, rimborso che stava a carico, sia dello Stato, sia dei Comuni, sia di entrambi in proporzioni determinate, e nelle provincie meridionali di tutte le Opere pie mediante il sistema dei ratizzi, il quale per effetto delle regie patenti del 15 ottobre 1822 era stato adottato anche in Piemonte. Sotto il nome di esposti si comprendevano generalmente i fanciulli deposti o gettati nelle ruote degli ospizi presunti illegittimi, tutti gl' illegittimi, quando anche di essi fosse conosciuta la madre e in fine i fanciulli abbandonati da ignoti genitori.

Nel Veneto, secondo le circolari austriache del 17 marzo 1836, 17 febbraio e 27 gennaio 1863, il carico assoluto dei Comuni pel mantenimento dei figli illegittimi negli Ospizi non eccede il primo anno di età.

Nella Lombardia le disposizioni austriache e specialmente la circolare 15 dicembre 1839 mettevano il mantenimento dei neonati poveri, che non potevano essere allattati dalle madri, a carico degl'istituti di beneficenza, e se questi non avevano mezzi, a carico dei comuni.

Le provincie dell' antico Stato pontificio erano rette dalle leggi canoniche e dai decreti del Concilio di Trento, e l'obbligo della spesa degli esposti, per la circolare del Cardinale Consalvi del 1819, è principale per gli Ospizi e brefotrofi e sussidiaria per i comuni.

Nelle provincie liguri e parmensi la materia degli esposti era regolata dai decreti imperiali del 30 dicembre 1809 e 14 febbraio 1810, oltre al sovrano decreto 10 maggio 1843 speciale per l' antico ducato parmense.

18. Nel regno di Napoli il mantenimento dei proietti fu sempre riguardato dal governo come oggetto delle sue più più im-

portanti cure, esso seppe con provvide leggi regolarne l'amministrazione, conciliando gl' interessi della morale, della religione e del buon costume e tenendo sempre presente il miglioramento della società intera (1).

Nel 30 aprile 1811 fu emesso dal Ministro dell' Interno un regolamento relativo al mantenimento dei proietti nelle provincie del regno di Napoli. Con esso la cura dei proietti fu interamente affidata ai consigli generali di amministrazione degli ospizii nelle rispettive provincie del regno (art. 1). Fu stabilito che in ciascun comune vi fosse una ruota capace a ricevere un bambino di fresco nato, la quale doveva situarsi nel luogo più opportuno e più comodo, tanto per la posizione, quanto per l'abitazione interna che doveva avervi la pia ricevitrice (art. 7). La ruota doveva essere costruita in modo da poter liberamente girare, e doveva essere ben condizionata per portare agiatamente il fanciullo nell' interno dell' abitazione, rimanere aperta di giorno e di notte, e accanto alla medesima doveva essere un campanello per annunziare alla pia ricevitrice l'arrivo del bambino (art. 8 e 9). Dopo adempite alcune formalità, il fanciullo era consegnato a una nutrice e gli si appiccava al collo un segnale di piombo simile a quello che si usa nella casa dell' Annunziata di Napoli e nel registro ne era notato il numero (art. 14 e 16). Le nutrici dovevano allattare i bambini per quell' intervallo che il temperamento e lo sviluppo dei medesimi esigeva. Dopo svezzati, erano nutriti dalla stessa sino agli anni sei compiti, e poi se ne prendeva cura il governo (art. 23).

In seguito con decreto del 21 settembre 1826, fu stabilito che il mantenimento dei proietti dal 1.° gennaio 1827 era affidato ai comuni (art. 1); per coadiuvare i comuni medesimi a sopportare il peso, il ministro degli affari interni doveva loro ripartire l' annua somma di ducati 202 mila dai fondi provinciali comuni, addetti fino allora al mantenimento dei proietti (art. 2).

V. Legislazione italiana.

19. *Considerazioni generali.* — 20. *Art. 237 Legge comunale e provinciale del 1865: motivi di questa disposizione.*—21. *Decreti del 1866 in esecuzione del citato articolo 237.*—22. *Progetto dell'on. Nicotera.*—23. *Progetti degli on. Minelli e Conti.*—24. *Legislazione vigente.*—25. *Chi si intende per esposto.*

19. L' assistenza pubblica in favore degli esposti è argomento di così grave importanza in se stesso e di fronte ai diritti di tanti infelici verso la Società, che avrebbesi dovuto pensare a provvedervi con norme generali uniformi e ben determinate, mediante una legge apposita.

Ma pur troppo, quantunque si sentisse generalmente il bisogno di una legge speciale, pure questa quistione rimane an-

---

(1) Dias, *Dritto amministrativo*, Napoli 1838.

cora sospesa e insoluta nella nostra legislazione, essa rimane « une des grandes misères de tous les temps, une des plus graves et des plus tristes pages de l' histoire sociale, une actualité enfin trop poignante aujourd' hui en présence des innombrables et innocentes victimes de l'immoralité et de la legislation » (1).

20. Nella legge comunale e provinciale del 20 marzo 1865, fu inserita, relativamente agli esposti, la seguente disposizione: « Fino alla promulgazione d'un' apposita legge speciale le spese per il mantenimento degli esposti, a datare dal 1° gennaio 1866, saranno a carico dei comuni e delle provincie in quella proporzione che verrà determinato per decreto reale, sentiti previamente i consigli provinciali e il Consiglio di Stato » (art. 237 § 2).

La ragione di questa disposizione si fu perchè la Commissione si convinse che un provvedimento legislativo transitorio dovesse essere adottato per togliere, a cominciare dall' anno 1866 dal bilancio dello Stato lo stanziamento delle spese per il mantenimento dei trovatelli e per far sparire le troppe divergenze che esistevano nelle varie provincie d' Italia relativamente al concorso di queste, disuguaglianza di trattamento che si risolveva nella disuguaglianza d' imposta.

La Commissione qualificò transitorio questo provvedimento, perchè lo scioglimento della questione sociale dei trovatelli poteva avere un rapporto necessario con la quistione finanziaria della competenza passiva delle spese per il loro mantenimento, e volle che queste spese, non fossero annoverate fra le normali obbligatorie dei comuni e delle provincie, ma lo fossero soltanto fino a che una legge speciale intervenisse a regolare questo importantissimo ramo della pubblica beneficenza.

Sul quesito poi della proporzione del contributo per cui provvisoriamente le provincie e i comuni dovevano essere chiamate a concorrere alle spese di mantenimento degli esposti, non credè la Commissione di formulare alcuna proposta che stabilisse uniformente le rispettive quote di contributo, giacchè le condizioni speciali delle provincie d'Italia potevano per avventura richiedere norme anche speciali per far concorrere in proporzioni diverse i comuni e le provincie. Per queste ragioni, la commissione d'accordo col Ministero, propose al capoverso dell' art. 237 che fino alla promulgazione d' una apposita legge, e a partire dal 1.° gennaio 1866, le spese per il mantenimento degli esposti dovevano essere a carico dei comuni e delle provincie, nella proporzione da determinarsi da decreto reale (2).

21. In esecuzione del suddetto art. 237 fu con regi decreti 18 marzo, 4 e 24 agosto 1866, stabilito il riparto fra tutte le provincie, meno quelle del Veneto e di Mantova, della spesa degli esposti pel 1866, accollandosi ad alcune provincie i tre quarti,

(1) E. Semichon. — *Histoire des enfants abandonés.*

(2) Cereseto, *Sanità Pubblica* n. 351, nel *Digesto italiano*, vol. XXI, parte I, pagina 393.

ad altre la metà, ad altre un terzo della spesa stessa, il resto ai comuni, da distribuirsi fra questi da ciascuna Deputazione provinciale sulla base della popolazione dei singoli comuni risultante dall'ultimo censimento ufficiale, e con facoltà alle provincie di assumersi come spesa facoltativa, in tutto o in parte, la quota che a termini dei succitati decreti di ripartizione doveva sopportarsi dai comuni. La suaccennata proporzione fu con successivi decreti di anno in anno mantenuta. I criteri seguiti in tale ripartizione furono spiegati in una circolare del ministro degli interni del 24 marzo 1866 (1).

Ivi è detto, fra altro, che non si volle stabilire *in astratto* la quota dei Comuni e delle provincie, e molto meno deferire alle rappresentanze provinciali interessate il subriparto delle quote comunali, ravvisandosi necessario dare norme *concrete* sulla base delle condizioni locali e delle diverse leggi, da cui il servizio era già governato, e colle quali si era cercato di armonizzare le disposizioni della nuova legge. Così è che le provincie antiche e lombarde, nelle quali tutta la spesa per gli esposti gravitava in passato sul pubblico erario, il quale poi ne veniva rifuso dalle provincie, si accollò a queste la parte maggiore della spesa, e la parte minore ai Comuni, per essersi considerato che questi non avevano sopportato fino allora, per questo servizio spesa alcuna. Parimenti, allo scopo di non scostarsi troppo dalle antecedenti discipline, si stabilì per le provincie napoletane e siciliane che la spesa fosse metà a carico delle provincie, metà a carico dei Comuni. Furono invece gravati di maggior quota i Comuni nelle provincie della Sardegna, della Toscana, dell'Emilia, delle Marche, delle Romagne e dell'Umbria, perchè appunto i Comuni erano stati fino allora soliti a sopportare tale carico in maggior proporzione che le provincie. Veniva poi nella circolare stessa spiegato che con tale disposizione cessavano di avere vigore le norme speciali stabilite in alcune provincie e comuni di provvedere alle spese degli esposti in proprio o mediante contributi. Rimanevano però sempre vigenti gli obblighi delle opere pie di sostenere tali spese in virtù delle tavole testamentarie e dei relativi statuti. Esistendo tali opere di carità, sarà a riguardarsi se giusta i titoli di fondazione o di dotazione siano create a beneficio di alcune città o provincie, stabilendo di conformità l'ente o gli enti a pro dei quali il concorso dell'opera pia porta discarico agli obblighi di legge.

22. Di fronte ai lamenti delle provincie per il continuo aumento della spesa per il mantenimento di fanciulli nati da unioni legittime e da madri facoltose, l'on. Nicotera, Ministro dell'Interno, presentò alla Camera dei Deputati, nella seduta del 22 novembre 1877, un progetto sugli esposti con una relazione, nella quale tra le altre cose si legge il seguente brano:

---

(1) *Man. dell'Amm.* 1866.

« Dunque un numero straordinario di fanciulli abbandonati sotto il pretesto di prevenire gli abbandoni; una spesa gravissima per i contribuenti, causa, fra le altre, d'impoverimento della Nazione, nello scopo di soccorrere alla povertà; diversità di obblighi da provincia a provincia, da contribuente a contribuente, per la diversa età sino alla quale si mantengono gli esposti, malgrado l'art. 25 dello Statuto: una mortalità sconosciuta in Italia tra i fanciulli, un vero eccidio commesso all'ombra della legge, sotto il manto della carità; per impedire che qualche madre snaturata infierisca contro il frutto di un amore colpevole, ecco il bilancio che riguarda il servizio degli esposti, giusta l'attuale nostra legislazione ».

Questo progetto dell'on. Nicotera mirava a due scopi: esonerare le finanze dalla spesa per il mantenimento degli esposti, diminuire la mortalità di questi poveri bambini. Si sarebbe arrivato al primo di questi intenti, incaricando di questo servizio i consigli di beneficenza, nuova istituzione, che doveva sorgere con una nuova legge sulle opere pie e che sarebbero stati analoghi ai *Consigli degli ospizi* della legislazione napoletana. Questi consigli dovevano provvedere alle spese per mezzo delle rendite degli ospizi per l'infanzia abbandonata e altre istituzioni affini e col 50 per 100 della rendita degli stabilimenti non aventi obblighi speciali, e con altre minori risorse. Ove fossero mancate o rimaste insufficienti tali rendite, doveva provvedere lo stesso Comune.

Questo progetto tendeva in seguito a diminuire la mortalità degli esposti per mezzo di altre disposizioni, tra le altre con l'accordare la preferenza pel collocamento alle madri dei figli illegittimi.

A tenore di questo progetto si consideravano come esposti ed erano a carico dei Comuni.

1.° I figli abbandonati da parenti ignoti;

2.° I figli illegittimi riconosciuti dalle loro madri, a condizione che esse siano povere e non vivano in concubinaggio.

Esso però fu combattuto fortemente sotto il rispetto delle spese a carico della beneficenza, o piuttosto a carico dell'assistenza pubblica, per vista di sicurezza e di ordine pubblico.

Il Nicotera cadde e il suo progetto di legge non ebbe nemmeno l'onore di essere discusso dall'Assemblea legislativa: è notevole però una circolare dello stesso Nicotera diretta ai Prefetti in data 5 novembre 1867, con disposizioni molto opportune, dirette ad impedire la diffusione della sifilide col baliatico affidato ad istituti d'infanzia abbandonata.

23. I successivi ministeri, assorbiti dalla politica, non hanno più ripresentata la quistione, quantunque non siano mancati deputati che abbiano richiamato l'attenzione del governo su questo grave argomento.

L'on. Minelli è stato il primo deputato, che si è fatto ini-

ziatore alla Camera di una proposta di legge, tendente a provvedere agli esposti e ai figli illegittimi.

Egli, nella breve relazione che accompagna il disegno di legge, conchiude: essere oramai necessario e urgente di riformare la organizzazione dell'assistenza agli esposti; di togliere le controversie esistenti sull'ammissione, sul dominio degli assistiti e sul riparto della spesa; di provvedere alla riforma dell'istituto della tutela dei minori abbandonati; di abolire, ove esiste ancora, la ruota.

Verrebbe, perciò, costituita in ogni Comune del Regno una commissione protettrice dell'infanzia abbandonata e maltrattata, composta del Presidente della Congregazione di Carità e di un numero di altri membri proporzionati alla popolazione dei Comuni; queste nomine spetterebbero al Consiglio Comunale, potrebbero essere elette anche le donne, e sarebbero irrecusabili.

Questa commissione avrebbe l'obbligo di proteggere l'infanzia abbandonata e maltrattata, sorvegliando i trovatelli, il loro allattamento, la loro custodia; denunziando all'Autorità giudiziaria i mali trattamenti sopra un minorenne, da chiunque commessi; provvedendo all'assistenza e al collocamento dei minorenni figli di prostitute o maltrattati, combattendo la questua e il vagabondaggio a cui spesso i minorenni vengono destinati, ispezionando le scuole private, e curando l'esecuzione della legge sul lavoro dei fanciulli nelle fabbriche. I sindaci, gli amministratori delle case ospitaliere, le autorità giudiziarie aiuterebbero la Commissione in questo suo compito, fornendole tutte le notizie relative. Le spese di temporanea assistenza cagionate dall'esecuzione di questa legge andrebbero a carico della Congregazione di Carità, o, in sua insufficienza, del Comune, o, ancora, in caso di rifusione, delle case ospitaliere (1).

All'On. Minelli, nella tornata del 26 gennaio 1891, rispose l'on. Crispi, allora Presidente del Consiglio e Ministro dell'interno. Egli dichiarò che l'argomento degli esposti, in sè stesso è di una grande gravità, e le quistioni, che vi si collegano e che si debbono risolvere, non sono nè piccole, nè lievi. Convenne che il sistema attuale è più che difettoso e quindi avrebbe presentato una legge sull'infanzia abbandonata. « La legge è allo studio, disse il Crispi, e si tenterà di togliere le dissonanze di legislazione, che vi sono attualmente. Spero che la Camera potrà fare opera che, riuscendo utile alla umanità, non sarà di peso maggiore al bilancio dei comuni e delle provincie ».

Ma questo disegno di legge, promesso dall'on. Crispi, non fu mai presentato all'Assemblea legislativa.

In vece un altro deputato, l'on. Conti, presentò una proposta di legge su questo argomento, la quale fu svolta e presa in considerazione nella tornata del 31 gennaio 1893.

---

(1) Albini, *La quistione degli esposti e il brefotrofio di Roma.*

24. Ora, dopo tante promesse, in Italia non esiste una legge speciale regolante il servizio degli esposti in modo uniforme per tutta la nazione.

La nuova legge comunale e provinciale del 10 febbraio 1889 ripete la stessa disposizione transitoria del succitato art. 237 della legge del 1865, nell'art. 271 § 2, così concepito: « Fino alla promulgazione di un'apposita legge speciale, le spese per il mantenimento degli esposti saranno a carico dei comuni e delle provincie in quella proporzione che verrà determinata da decreto reale, sentito previamente i Consigli provinciali e il Consiglio di Stato ».

E neppure la nuova Legge nelle Opere pie del 17 luglio 1890 provvede alla condizione di questi poveri esseri, da tutti abbandonati. Nel solo art. 8 si fa un cenno di costoro, disponendo: « La Congregazione di Carità promuove i provvedimenti amministrativi e giudiziari di assistenza e di tutela degli orfani e minorenni abbandonati, dei ciechi e dei sordomuti poveri, assumendone provvisoriamente la cura nei casi di urgenza ».

25. Prima di chiudere questo capitolo occorre vedere quali bambini si debbono considerare *esposti*, nel senso voluto dal legislatore.

A tale uopo il Consiglio di Stato (Sez. IV), con parere del 19 novembre 1894 (1), considerava che non basta lo stato di figlio naturale non riconosciuto per determinare in un fanciullo la condizione di *esposto* e per far sorgere in rapporto ad esso l'obbligo del mantenimento a carico degli enti determinati dall'articolo 271 legge com. e prov., mentre é agevole il rilevare che figli d'ignoti o fanciulli nati anche da unione che li rende legalmente incapaci di ogni riconoscimento da parte dei genitori, possono di fatto essere allevati e mantenuti a carico di coloro che per sentimento di dovere o di pietà ne prendono cura, senza che perciò debbono ritenersi associati agli ospizi dei trovatelli. Ciò che in vece determina la condizione di *esposti* non è lo stato giuridico della filiazione naturale non riconosciuta, ma lo stato meramente di fatto dell'abbandono o per essere stati gl'infanti delittuosamente esposti *publicis locis* e quindi raccolti e consegnati all'autorità, o per essere stati direttamente condotti e affidati agli ospizi destinati ad allevare e mantenere i bambini abbandonati alla pubblica assistenza.

---

(1) *Giurispr Ital.* 1894, III, 32.

VI. — Gli esposti considerati nel diritto pubblico.

26. La mancanza di una legge speciale che regola questa importante e grave materia, dà luogo a molte controversie circa la rappresentanza, il ricevimento, il mantenimento, il domicilio di soccorso degli esposti.

27. Una prima quistione da esaminare è quella di vedere a chi incombe l'obbligo della *cura*, del *ricevimento* degli esposti, fino a quando non siasi provveduto al loro mantenimento: tale obbligo spetta alla Congregazione di Carità e non al Comune.

E difatti nelle Provincie Meridionali, per tutto ciò che riguardava gli esposti, vigeva il regolamento del 30 aprile 1811, come abbiamo superiormente detto. Il servizio era affidato alle Commissioni amministrative di Ospizi nei Comuni, ove esse esistessero, e ad una speciale deputazione negli altri. Ai Comuni, oltre la loro quota nelle spese di mantenimento dei proietti, non incombeva altro obbligo che quello della casa di ricevimento e della Pia ricevitrice, la quale aveva qualità d'impiegato dei luoghi di pubblica beneficenza.

Le istruzioni generali del 20 maggio 1820 per l'amministrazione degli stabilimenti di beneficenza istituirono in ogni Comune una Commissione amministrativa, alla quale furono affidati gli esposti (art. 81 e 88). Però la legge del 1862 ordinò lo scioglimento delle Commissioni amministrative e le dichiarò surrogate dalle Congregazioni di Carità; sicchè a queste furono trasferiti tutti i servizi che erano di competenza delle Commissioni.

La nuova legge sulle Opere Pie del 17 luglio 1890 con l'articolo 8 dichiarò spettare alle Congregazioni di Carità promuovere i provvedimenti amministrativi e giudiziari di assistenza e di tutela *degli orfani e minorenni abbandonati*, dei ciechi e dei sordomuti poveri, *assumendone provvisoriamente la cura nei casi di urgenza;* e quindi a loro incombe l' obbligo di provvedere alla cura degli esposti fino a che non si prende un provvedimento definitivo, giacchè trattasi di un provvedimento provvisorio urgente e gli esposti vanno compresi nella categoria dei minorenni abbandonati.

E questo concetto risulta chiaro dai lavori preparatori del citato art. 8. Il Ministro dell' Interno propose la disposizione di sopra trascritta, nei termini seguenti: « È pur commesso alla Congregazione di Carità di aver cura degli orfani e minorenni poveri abbandonati, e di promuoverne nel loro interesse i provvedimenti giudiziari di tutela. » La Commissione della Camera osservò che questa dizione « poteva dar luogo ad interpretazione troppo lata, quasi la Congregazione di Carità dovesse addirittura

e permanentemente assumere il mantenimento e la cura di codesti infelici », e quindi propose, di accordo col Ministro, un'altra dizione, associando agli orfani e minorenni poveri abbandonati i ciechi e sordomuti poveri, nei termini che ora si leggono nel testo della Legge, di sopra trascritta.

La Commissione Senatoria poi, nella sua relazione del 10 aprile 1890, dichiarò anche più ampiamente la *mens legis*: « Meritamente lodata e suggerita da un proposito serio ed umano è la disposizione dell'art. 7, quando affida alla Congregazione di Carità la rappresentanza legale degl' interessi dei poveri; e soprattutto quella dell'art. 8, che, riempiendo una lacuna ripetutamente deplorata nella legislazione vigente, toglie dall' abbandono in cui erano tenuti gli orfani e minorenni derelitti, i ciechi, i sordomuti poveri, e mentre intende ad assicurare loro la tutela cui hanno diritto per legge, e l' assistenza loro dovuta dalla pubblica beneficenza, provvede perchè non manchi intanto conveniente concorso all'urgenza dei loro bisogni. Non è d'uopo dire, del resto, perchè emerge dal confronto di queste disposizioni con quella dell' art. 4, che esse non si applicano quando gl' interessi della beneficenza, o l'assistenza ai derelitti, ai ciechi e ai sordomuti siano affidati alle cure di una speciale istituzione di beneficenza, dovendo la Congregazione di Carità supplirle se mancanti, non mai sostituirle dove esistano ».

Riesce quindi di tutta evidenza, che alla Congregazione di Carità soltanto, e non ad altri, spetta provvedere a tutto ciò che riguarda gli esposti, prima che siano ammessi al mantenimento a carico del fondo consorziale provinciale-comunale. E così stando le cose, per effetto appunto dell'art. 8 della Legge 17 luglio 1890, cessano di essere obbligatorie per i Comuni le spese pel locale di ricezione e per lo stipendio alla Pia Ricevitrice, e divengono in vece obbligatorie per la Congregazione di Carità.

28. Alle spese di mantenimento, in vece, deve concorrere il Comune. A tale uopo è costituito il fondo consorziale Provinciale-comunale, il quale è formato dai contributi della provincia e dei Comuni ai termini dell' art. 271 legge com. e prov., ed è amministrato dalla Deputazione provinciale a norma dell'art. 34 della Legge sulle Opere Pie del 3 agosto 1862, come surrogata al Consiglio degli Ospizi.

Per determinare la quota attribuita ad ogni Comune di ciascuna Provincia si deve aver riguardo all' entità della popolazione; e il compimento di questa operazione è affidata alle deputazioni provinciali; sicchè a costoro appartiene stabilire la tangente da sopportarsi da ciascun comune, e il fissare l' epoca e il modo di pagamento.

Qualora il Comune trascuri di iscrivere nel suo bilancio la quota di concorso per il mantenimento degli esposti, può la deputazione provinciale chiedere alla Giunta Provinciale amministrativa la esecuzione del procedimento per lo stanziamento di

ufficio nel bilancio del Comune. Prima dell'istituzione della Giunta Provinciale Amministrativa, come potere tutorio, in questi casi la deputazione provinciale doveva provocare un decreto sovrano, giacchè essendo contemporaneamente incaricata della tutela dei comuni e dell'amministrazione del fondo consorziale provinciale-comunale, sarebbe stata interessata nella vertenza.

Nell'obbligo addossato dalla legge comunale alla provincia e ai comuni per il mantenimento degli esposti, è compresa, col vitto e cogli indumenti, anche la somministrazione di medicinali, in quanto appunto possano essere indispensabili a mantenere in vita quegli infelici e ad alleviarne le fisiche sofferenze.

29. La legge sulle Opere pie del 17 luglio 1890 ha rettamente disciplinato il *domicilio di soccorso* risolvendo molte quistioni che prima si dibattevano intorno all'obbligo dell'assistenza. Il domicilio di soccorso ha speciale importanza per determinare il rimborso delle spese di beneficenza obbligatoria. Esso ha un duplice mezzo: stabilire, innanzi tutto quando un povero debba dirsi appartenente ad un Comune, per aver diritto ad invocarvi con prevalenza la pubblica carità e beneficenza dalle Congregazioni di Carità e delle altre locali istituzioni di beneficenza; determinare, in oltre, quali comuni e provincie siano obbligati a rimborsare quelle spese di assistenza, che la legge abbia dichiarate obbligatorie per gli uni e per le altre (1).

L'art. 72 della legge determina le condizioni del domicilio di soccorso.

« Nei casi in cui il titolo all'assistenza ed al soccorso per parte delle Congregazioni di Carità e delle altre istituzioni di un comune o di una frazione di esse dipende dalla condizione del domicilio o della appartenenza al comune, questa condizione si considera adempiuta quando il povero si trovi in una delle condizioni, la cui prevalenza è determinata dall'ordine numerico:

1° Che abbia per più di cinque anni dimorato in un Comune, senza notevoli interruzioni;

2° Ovvero che sia nato nel Comune, senza riguardo alla legittimità della nascita;

3° Ovvero che, essendo cittadino nato all'estero, abbia ai termini del codice civile, domicilio nel comune.

« Il domicilio di soccorso una volta acquistato secondo le norme di cui al num. 1 non si perde se non con lo acquisto del domicilio di soccorso in comune diverso ».

Conseguentemente il domicilio di soccorso degli esposti è nel comune dove é avvenuta l'esposizione, perchè in esso l'infante si è rivelato alla società, e quindi si ritiene che quello sia il comune di origine; e ciò anche per la presunzione dell'art. 350 codice civile, perchè gli atti di nascita (che per gli esposti sono fatti a base del verbale di esposizione) debbono essere formati

(1) Giura, *Le attribuzioni della Giunta Provinciale Amministrativa.*

nel comune in cui la nascita é avvenuta; esso non è nel comune ove trovasi l'ospizio per il successivo art. 74, nè nel comune ove egli sia dall'ospizio collocato per la necessaria assistenza presso una determinata famiglia, giacchè ciò non costituisce il rapporto di famulato (1).

VII. — Gli esposti considerati nel diritto privato.

30. *Nascita.* — 31. *Tutela.* — 32. *Matrimonio.* — 33. *Emancipazione.* — 34. *Riconoscimento.* — 35. *Successione.*

30. L'art. 61 delle Leggi Civili del 1819 disponeva: « Chiunque trovasse un fanciullo recentemente nato, sarà tenuto a farne la consegna all'uffiziale dello Stato civile, con le vesti e con gli altri effetti ritrovati presso il fanciullo, e a dichiarare tutte le circostanze del tempo e del luogo in cui sarà stato ritrovato. Se ne stenderà un circostanziato processo verbale, che enuncierà in oltre l'età apparente del fanciullo, il sesso, il nome che gli sarà dato dall'uffiziale dello stato civile, l'autorità civile cui sarà consegnato; se abbia marche apparenti, le qualità delle vesti, e qualunque altro segno abbia in dosso. Questo processo verbale sarà inscritto nei registri ». E con Ministeriale del 18 febbraio 1846 fu raccomandato agli uffiziali dello stato civile di aver cura, nella scelta dei cognomi, di eliminare quelli, che potevano spargere ridicolo, contumelia o disprezzo.

Con l'art. 406 poi delle Leggi Penali erano puniti col primo grado di prigionia e con ammenda non maggiore di ducati 50 coloro, che avendo trovato un fanciullo di recente nato, non l'avessero consegnato all' uffiziale dello stato civile.

Il Legislatore italiano mantenne nel codice civile la disposizione dell'art. 61 contenuta nelle Leggi Civili napoletane, salvo qualche piccola modificazione più di forma che di sostanza; e difatti l'art. 377 cod. civ. dispone: « Chiunque trovi un bambino è tenuto a farne la consegna all' uffiziale dello stato civile, con le vesti e con gli altri oggetti ritrovati presso il medesimo, e a dichiarare tutte le circostanze del tempo e luogo in cui sarà stato ritrovato. Si stenderà della consegna un circostanziato processo verbale che enuncierà inoltre l'età apparente del bambino, il sesso, il nome che gli sarà dato e l'autorità civile a cui verrà consegnato. Questo processo verbale sarà iscritto sui registri ».

L' ufficiale dello stato civile impone a questi bambini un nome e cognome evitando che siano ridicoli o tali da lasciar sospettare l'origine (2). Deve del pari astenersi dal dare loro co-

(1) Consiglio di Stato (Sez. IV), 18 settembre 1896.

(2) Però, non ostante questa disposizione, pure a tutti i trovatelli veniva imposto il cognome di *Proietti* a Roma, di *Esposito* a Napoli, *Degl'Innocenti* a Firenze: nel Brefotrofio romano era anche il sistema di bollare a fuoco un segno permanente sulla spalla dei poveri trovatelli. Dopo il 1870 furono abolite queste usanze, perchè i bambini non portassero nel nome e nell'impronta il ricordo indelebile della loro sventura.

gnomi appartenenti a famiglie conosciute, e dall'imporre cognomi come nomi o nomi di città come cognomi (art. 58 *Ordinamento dello Stato civile 15 novembre 1865*). E quando questi bambini debbono portarsi ad un pubblico ospizio, l'ufficiale dello Stato civile indica nell'atto l'ospizio cui sono mandati, e rimette alla persona di ciò incaricata una copia della dichiarazione di nascita, perchè sia consegnata al direttore dello stabilimento insieme col bambino e con gli altri oggetti e contrassegni ritrovati presso il medesimo. Il direttore dello stabilimento fa iscrivere almeno sommariamente l'atto nei registri dello stabilimento (art. 59 *Ordin. Stato civile*).

Qualora poi il fanciullo sia stato consegnato direttamente ad un pubblico ospizio, la direzione di esso deve, a tenore dell' art. 378 cod. civ., col mezzo di uno dei suoi impiegati di ciò incaricato, trasmetterne la dichiarazione scritta, nei tre giorni successivi, all'uffiziale dello stato civile in cui è stabilito l'ospizio, indicando il giorno e l'ora in cui fu raccolto il fanciullo esposto, il sesso, l'età apparente e gli oggetti ritrovati presso il medesimo. L'Amministrazione deve pure indicare all'uffiziale dello stato civile il nome e cognome dato al fanciullo e il numero d'ordine in cui sarà iscritto. Quantunque la legge non lo dica, lo scopo, per cui l'amministrazione dell'Ospizio è tenuta a trasmettere la particolareggiata dichiarazione scritta all'uffiziale dello stato civile, indica abbastanza chiaramente che l'uffiziale deve ricevere questa dichiarazione nei registri di nascita.

E con Ministeriale del 25 settembre 1866 fu raccomandato alle Amministrazioni degl'Istituti i quali ricoverano esposti non ancora stati battezzati, di dover vigilare che a ciascun bambino fosse imposto un cognome diverso e italiano, affine di evitare gli effetti rincresciosi, gli equivoci, e gli errori, che dagli omonimi derivano, specialmente in rapporto alla leve per la difficoltà di accertare per mezzo della filiazione, la identità delle persone. Ecco il testo della Ministeriale:

« Da alcune informazioni testè ricevute dal Ministero della Guerra il sottoscritto ebbe luogo di osservare come l'uniformità del casato imposto ai trovatelli di uno stesso Ospizio o di uno stesso Comune generi di soventi effetti assai incresciosi, massime in rapporto alla leva.

« Le difficoltà di accertare la loro identità personale non può che produrre errori ed equivoci; e più d'una volta è successo che fosse catturato come renitente colui che tale non era. E la ragione di ciò è facile a comprendersi, inquantochè apponendo ai trovatelli i medesimi nomi di battesimo, e non potendosi sempre per via di figliazione l'uno dall'altro distinguere, è inevitabile la confusione.

« Sebbene per disposizioni ormai antiche dei passati Governi non dovrebbero più tali inconvenienti accadere, perchè fu dovunque da quelli provveduto di doversi imporre un cognome

diverso a ciascuno degli esposti, nondimeno risulterebbe che in alcune provincie il riprovato sistema di questi omonimi dura tuttora.

« Anzi risulterebbe, per dippiù, che pur anco in quelle provincie, dove si osserva la prescrizione del variare i casati, avvi alcun'Ospizio o Comune in cui a gettatelli vennero dati cognomi strani e tuttaffatto disformi dall' indole nativa della patria favella, come per esempio di *Ekasta, Echif, Lagable, Regak*, ecc. riscontratisi in alcune liste di leva.

« Importando di far cessare questi sconci, si fa speciale invito a ciascuno dei signori Prefetti di verificare se nella rispettiva provincia si mantengono tuttora pratiche o sistemi di simil genere, e provvedere che vengano smessi, richiamando in osservanza le prescritte discipline.Il Direttore Superiore: Del Carretto ».

31. Le Amministrazioni degli istituti, in cui a qualunque titolo e sotto qualsivoglia denominazione sono fanciulli i quali non hanno parenti conosciuti e capaci dell'ufficio di tutore, formano per essi il Consiglio di tutela senza intervento di Pretore, potendo anche eleggere uno dei loro membri per esercitare le funzioni di tutore, a norma dell'art. 262 cod. civ. Se poi i fanciulli non sono negli Ospizi, le Amministrazioni di questi non hanno alcuna ingerenza sulla loro tutela, spettando solo alle Congregazioni di Carità il promuovere le convocazioni di Consiglio di tutela permanenti, ai sensi dell'art. 261 § 2 cod. civ. ».

A tale scopo fu emessa nel dì 8 marzo 1866 la seguente Ministeriale:

« Da alcune Prefetture del Regno, massime delle provincie meridionali, venne al Ministero promosso il dubbio se, dopo l' attuazione del nuovo Codice civile, l' autorità chiamata a dare il consenso al matrimonio degli esposti, che non hanno ancora raggiunta l'età richiesta per contrarlo senza questa preliminare formalità, sia tuttora la Congregazione locale di carità sotto la dipendenza della Deputazione provinciale.

« Questo Ministero, dopo aver preso gli opportuni concerti con quello di Grazia e Giustizia e dei Culti, crede necessario a schiarimento di siffatto dubbio di fare ai signori Prefetti alcune avvertenze, affinchè servano loro di norma all' evenienza dei casi, e possano dare le occorrenti istruzioni alle pie Amministrazioni interessate.

« Secondo l'art. 66 del nuovo Codice civile spetta al Consiglio di tutela dare il consenso pel matrimonio dei figli naturali che non sono legalmente riconosciuti e non hanno genitori adottivi.

« Ove i figli nati fuori matrimonio non siano stati ammessi in un pubblico Ospizio, il Consiglio di tutela si compone del Pretore, di due Consiglieri comunali, e di due altre persone scelte dal Pretore stesso (art. 261 dello stesso Codice civile).

« Pei trovatelli ammessi negli Ospizii la stessa amministra-

zione dell'Ospizio forma per essi il consiglio di tutela senza intervento del Pretore (art. 262, ivi).

« Ad ambedue questi consigli di tutela sono comuni le disposizioni riguardanti i consigli di famiglia in quanto possono avere applicazione (art. 261 ivi in fine).

« Quette disposizioni regolando per intero la tutela degli esposti ne segue che rimangono abrogate le leggi preesistenti in questa materia (art. 48 del regio decreto 30 di novembre 1865 n. 2600).

« Solo potrebbe sorgere dubbio se la formazione dei nuovi Consigli instituiti nell'interesse dei trovatelli sia obbligatoria altresì pei nati anteriormente all'attuazione del nuovo Codice civile, i quali sottostavano finora alla cura e sorveglianza delle Congregazioni di carità o di altri istituti di beneficenza.

« Ma questo dubbio è risoluto dagli articoli 14 e 16 del sovracitato regio decreto 30 di novembre 1865 n. 2600 contenenti disposizioni transitorie per l'esecuzione del Codice civile. Infatti l'articolo 14 sancisce che, anche per le tutele già aperte al giorno dell'attuazione del nuovo Codice, è costituito un consiglio di famiglia permanente giusta le disposizioni del medesimo; e con l'art. 16 dello stesso decreto siffatta disposizione viene ugualmente estesa ai Consigli di tutela. Anzi conviene all'uopo soggiungere che per le combinate disposizioni degli articoli succitati incombe specialmente alle Congregazioni di carità, che per le leggi anteriori avevano la cura e la sorvegliauza degli esposti l'obbligo di promuovere la convocazione dei consigli di tutela.

« E insomma spetta in ogni caso a questi consigli, come sopra si è detto, dare il consenso al matrimonio degli esposti.

« Gradirà il sottoscritto di ricevere un cenno di ricevuta della presente. — Pel Ministro — Salino ».

32. Gli esposti, i quali vogliono contrarre matrimonio prima di raggiungere l'età legale, debbono ottenere il consenso dal Consiglio di tutela, costituito nel modo detto di sopra.

33. Quando si debbono emancipare i minori negli Ospizi, le Amministrazioni, come consigli di tutela, hanno il dovere di invitare il Pretore a presiedere ai consigli medesimi, a tenore dell'art. 313 cod. civ. Per l'emancipazione si osservano le disposizioni contenute nel Capo 3.° del Titolo IX Libro I del cod. civ.

34. Per l'art. 181 cod. civ. il riconoscimento di un figlio naturale si fa nell'atto di nascita, o con un atto autentico anteriore o posteriore alla nascita.

Adunque sono due i modi stabiliti dalla legge per gli atti di riconoscimento. Il primo è contemporaneo all'atto di nascita e non può farsi che con dichiarazione innanzi all'ufficiale dello stato civile; onde questi col notare la nascita del neonato, noterà altresì, e nello stesso atto, il nome del genitore o dei genitori che lo riconobbero.

Quando il riconoscimento non è fatto nell'atto di nascita, deve risultare da atto autentico.

Si è fatta la quistione se l'atto di riconoscimento, che non si sia fatto contemporaneamente all' atto di nascita o a quello di matrimonio, possa competentemente farsi innanzi l' uffiziale dello stato civile. E quantunque la Corte di Appello di Venezia, con sentenza del 3 agosto 1875 (1) si sia pronunciata per l'affermativa, pure noi, seguendo l'opinione del Ricci e di altri scrittori, riteniamo l'opinione contraria.

Per conseguenza le dichiarazioni di riconoscimento fatte davanti agli Amministratori degli Ospizi, presso cui venga ricoverato un figlio, non possono aversi come atto autentico, nè potrebbero valere al figlio per rivendicare la qualità di figlio riconosciuto.

Le spese occorenti pel riconoscimento possono andare a carico dell'Ospizio, il quale se ne vedrebbe compensato nel sollevarsi della cura e mantenimento del figlio, ed anche per agevolare i riconoscimenti, ai quali non di rado la gente povera non si decide, per non poterne sostenere le spese.

A questi principii è informata la seguente circolare del 5 giugno 1866.

« Al Ministero di Grazia e Giustizia, a cui spetta, per ragione di competenza, tutto ciò che ha attinenza allo Stato civile, ho deferito l' esame delle osservazioni che la S. V. mi comunicava col foglio controsegnato in ordine agli ostacoli che talvolta incontra il riconoscimento di figli naturali da parte dei loro genitori i quali si astengono all' addivenire a questo atto per non sottostare alla relativa spesa dell' atto medesimo.

« Ed ecco la risposta che ebbi dal Dicastero medesimo:

« Il riconoscimento di un figlio naturale si fa nell'atto di nascita o con un atto autentico anteriore o posteriore alla nascita.

« Una dichiarazione di riconoscimento fatta davanti agli amministratori dell'Ospizio presso cui fu riconosciuto il figlio, non può aversi per atto autentico.

« Di questa dichiarazione potrebbe valersi occorrendo il figlio per reclamare gli alimenti dai genitori che lo emisero (art. 139 Codice civile), ma egli non lo potrebbe mai invocare per rivendicare la qualità di figlio riconosciuto. Quindi è che la medesima non potrebbe mai essere trascritta dall'uffiziale dello Stato civile nei suoi registri non essendo a ciò autorizzato nè dalla legge nè dal Regolamento.

« Autentica al certo sarebbe la dichiarazione che i genitori facessero direttamente davanti all'uffiziale dello Stato civile, ma qui s' incontra una difficoltà di un altro genere ed è che il medesimo non ha veste legittima per ricevere siffatte dichiarazioni che non facciano parte di un atto dello Stato civile.

« L' uffiziale dello Stato civile è uffiziale pubblico in quanto riceve un atto di Stato civile, ossia un atto di nascita, di matri-

---

(1) *Giurisp. Ital.* XXVIII, 2, 137.

monio, di morte. Egli quindi può ricevere un atto di riconoscimento se questo viene fatto contemporaneamente alla dichiarazione di nascita od alla celebrazione di matrimonio.

« Ma se l'atto di riconoscimento viene fatto isolatamente e separatamente dalle dichiarazioni anzidette, egli non è autorizzato a riceverlo.

« Questa fu anzi quistione discussa nel seno della Commissione incaricata della compilazione del Regolamento sullo Stato civile. Ma non fu precisamente inserta nel Regolamento alcuna disposizione a questo proposito, siccome pure sarebbe stato necessario per regolare il modo di queste dichiarazioni separate, perchè fu riconosciuto non essere l'ufficiale dello Stato civile competente a riceverle.

« Il sottoscritto non disconosce che il dovere ricorrere ad un Notaio possa talvolta in gente povera essere causa che un figlio naturale non sia riconosciuto. Ma pare che in questi casi eccezionali l'Ospizio potrebbe provvedere esso stesso alla spesa occorrente, trovando egli un compenso nel rimanere sollevato della cura e del mantenimento del figlio.

« Associandomi a queste considerazioni debbo anch'io far notare che, ove il riconoscimento non restasse impedito che da mancanza di mezzi nei genitori per sopperire alla spesa dell'atto (spesa che d'altronde non è tanto grave e diverrà minima ove possano attuarsi le riforme progettate in materia di tasse di registro) ben potrebbe lo stesso Istituto assumere il carico, poichè agevolando i riconoscimenti, libera sè stesso da un peso morale e materiale ad un tempo.—Pel Ministro—Salino. »

35. Nel Regno di Napoli, in forza della legge del 29 dicembre 1828, la successione legittima degli esposti, i quali non lasciavano superstiti discendenti, nè coniuge, rimaneva devoluta, in preferenza dello Stato, a quello Stabilimento di beneficenza, cui l'esposto si apparteneva, e il quale aveva adempiuto interamente, o almeno nella maggior parte con i fondi del proprio patrimonio all'opera della ricezione e nutrizione dell'esposto, di cui si apriva la successione. E per la legge 13 febbraio 1856 la successione dei militari morti in servizio senza eredi legittimi era devoluta, in preferenza dello Stato, a beneficio dell'orfanatrofio militare; se però il militare era un esposto, allora la successione era regolata a norma dell'ora menzionata legge del 29 dicembre 1828.

Nelle antiche provincie d'Italia, in forza della R. Patente del 16 aprile 1839, simili successioni, negli stessi casi, si devolvevano agli Stabilimenti, nei quali il defunto fu ricoverato e mantenuto.

Queste disposizioni, dopo la pubblicazione del nuovo codice civile, non poterono continuare ad aver più vigore; e difatti per l'art. 758 quando una persona muore intestata senza avere eredi legittimi fino al decimo grado, l'eredità si devolve al patrimonio

dello Stato; e quindi ai trovatelli, i quali muoiono *ab intestato* e senza lasciare eredi legittimi, succede lo Stato.

Alla promulgazione del Codice Italiano si mosse il dubbio se, in caso di morte di trovatelli senza successori legittimi, la loro eredità si devolveva all' Ospizio presso cui furono allevati; e con la seguente Ministeriale del 2 settembre 1866 fu ritenuta la negativa:

« Veniva testè richiesta, da parte dell'Amministrazione di un Ospizio di esposti, la Sovrana autorizzazione per accettare l'eredità di un trovatello quivi allevato e morto senza testamento. Fondavasi la domanda sopra disposizioni già vigenti nella provincia dove l'Ospizio avea sede, mercè le quali la eredità lasciata dai trovatelli morti *ab intestato*, e senza eredi legittimi, erano devolute ai pii istituti nei quali i medesimi erano stati accolti e mantenuti.

« Nasceva però il dubbio a questo Ministero, se, dopo la pubblicazione del nuovo Codice civile, potessero continuare ad aver vigore disposizioni di siffatto genere che sotto forma di legge, o di decreti, o di rescritti, o di patenti e simili, erano state emanate in proposito dai cessati Governi.

« Volle esso perciò consultare il Consiglio di Stato, ed anche il Ministero di Grazia e Giustizia.

« Or si è considerato di comune accordo che, se da una parte ragioni di equità dettarono quelle speciali disposizioni, dall'altra non si può disconoscere ch' esse erano fondate sopra un ordine di idee affatto diverse da quelle su cui è basata oggi la successione legittima, la quale deve dipendere unicamente dai fatti costanti della parentela e del vincolo coniugale, mentre il legislatore non può addentrarsi nella contemplazione dei fatti accidentali e mutabili e di ragioni speciali, le quali valgono bensì a guidare la volontà espressa del testatore che per riconoscenza, per benevolenza, per carità, o per qualsiasi altro motivo, lasci la sua sostanza a taluno, ma non possono servire alla legge di guida per supplire quella volontà, massime che accettando il principio per un caso bisognerebbe estenderlo ad altri per i quali si avrebbero le stesse e forse maggiori ragioni di equità; ciò che sarebbe impossibile di fare, non solo senza inconvenienti e pericoli, ma anche senza travisare e sconvolgere tutto il sistema delle successioni intestate.

« Arrogi che quelle speciali disposizioni dei cessati Governi costituivano già per se stesse una deroga alle prescrizioni dei varii codici civili allora vigenti, cioè non erano che atti speciali di applicazione, ossia destinazione diversa di quel prodotto di successione, che per legge avrebbe dovuto appartenere allo Stato.

« Ed oltre a ciò è d'avvertire che l'art. 48 delle disposizioni transitorie emanate per l'attuazione del Codice civile stabilisce che, nelle materie a cui si riferiscono le disposizioni contemplate

dal Codice, cessano d' aver forza, dal giorno della attuazione del medesimo, tutte le altre leggi generali e speciali. Ora è chiaro che avendo il Codice civile provveduto in genere alle successioni intestate, e fissate le norme secondo cui esse debbono essere deferite, cioè ai discendenti legittimi, agli ascendenti, ai collaterali, ai figli naturali, al coniuge, ed in loro mancanza al patrimonio dello Stato, tali disposizioni formano parte essenzialissima del Codice civile, per modo che a cospetto della generale prescrizione del citato art. 48 debbono ritenersi abrogate le leggi speciali che si riferivano alla successione dei trovatelli.

« Per queste considerazioni si rendono dunque avvertiti i signori Prefetti che in fatto di successione *ab intestato* dei trovatelli rimane abolita ogni passata disposizione che sia meno conforme al nuovo Codice civile; e che quindi in caso di loro morte senza successori legittimi, dovrà l' eredità devolversi, al pari delle altre, allo Stato e non già all' Ospizio presso cui furono allevati.

« Tale fu pure la conclusione della Commissione incaricata di rivedere e coordinare il nuovo Codice, come risulta dai verbali delle sue sedute. — Il Ministro — Ricasoli. »

VIII. — I brefotrofi e le ruote.

36. *Origine e sviluppo dei brefotrofi.* — 37. *Avversari dei brefotrofi.* — 38. *Soppressione delle ruote in Francia.* — 39. *Soppressione delle ruote in Italia.* — 40. *Mortalità.*

36. Abbiamo precedentemente detto num. 8 pag. 12 che i primi Ospizii per gl'infanti sursero col cristianesimo e la prima *ruota* fu fatta apporre dal Papa Innocenzo III all' Ospedale di S. Maria in Sassia.

Nel 1198 l' Architetto Marchionni gettò le basi di un vasto istituto Ospitaliero sulla riva destra del Tevere, in prossimità dell' attuale Ponte Sant' Angelo, nel luogo dove cinque secoli prima era stata eretta una Chiesa da un re anglo-sassone. Questo Ospizio, che dapprima prese il nome di S. Maria in Sassia, e successivamente cambiò la sua denominazione in quella di S. Spirito in Sassia, era destinato per il ricovero degl' infermi poveri: Innocenzo III (con bolla d' istituzione che porta la data del 19 giugno 1214) vi aggiunse una sezione per gli esposti, commosso dal fatto, anche allora frequente, che misere creaturine erano precipitate nelle acque del Tevere o deposte nei trivi e nei letamai.

In seguito altri istituti per bambini cominciarono a fiorire in parecchie altre città e dopo il 1860 sono stati fondati altri asili per gli esposti.

37. Si è discusso vivacemente per il passato e si discute tuttora se l'istituzione dei brefotrofi sia un bene o un male.

Non pochi scrittori hanno propugnato l'abolizione di questi

ricoveri sotto il punto di vista economioo e sociale, perchè reputano i brefotrofi opera antisociale, immorale, disumana.

Si è ritenuto che i brefotrofi non siano buoni istrumenti di carità e di previdenza, perchè, facilitando il vizio e la colpa, tolgono la responsabilità del vizio e della colpa; perchè stabiliscono un dislivello fra la donna onesta e la concubina a tutto danno della prima.

Contro l'utilità dei brefotrofi sono state mosse queste altre accuse: gli ospizi dei trovatelli moltiplicano i trovatelli, essi cagionano l'esposizione dei figli legittimi, sopprimono nell'esposto la famiglia della madre, annullando ogni sua personalità, non giovano alla v:ta stessa dei trovatelli perchè la mortalità di costoro è alta in confronto degli altri bambini.

I fautori della teorica Malthusiana infine, sono ostili ai brefotrofi, sostenendo che questi alimentano una schiera d' individui non necessaria alla società, anzi pericolosa, perchè « un uomo, scrive Malthus, che nasce in un mondo già occupato, se i suoi genitori non possono nutrirlo, non ha il menomo dritto a pretendere una porzione qualsiasi di nutrimento, ed è realmente un soverchio sulla terra. Al gran banchetto della natura non v' ha posto per lui. La natura stessa gli comanda di andar via: e non tarda a mettere in esecuzione quest' ordine » (1).

Queste accuse sono esagerate, e finchè vi sono esposti sono necessari i brefotrofi. L' istituzione del brefotrofio non è solo un' opera di beneficenza, ma, col progredire dei tempi, è divenuta una vera istituzione sociale, serve a riparare un danno sociale, ed è una necessità contro fatti inevitabili.

Cnn l' abolizione dei brefotrofi non si diminuirebbe il numero degli esposti, ma invece si aggraverebbero gli oneri ai Comuni e alle Provincie per provvedere direttamente a questo servizio come ora già avviene per quelle che sono sfornite di tali asili. Quindi più che all'abolizione dei medesimi, bisogna pensare ad apportarvi radicali riforme, facendo si che i brefotrofi vengano esclusivamente in soccorso di quei bambini, che hanno davvero diritto alla carità legale.

38. In Francia la grave mortalità degl'infanti raccolti nei brefotrofi, e l' aumento progressivo di questi infelici che di anno in anno andava assumendo cifre allarmanti avevano richiamata l' attenzione del governo di Luglio sui brefotrofi. La mortalità era tale, che Maltus disse, che, per arrestare il movimento progressivo delle popolazioni, nulla di meglio avrebbesi potuto fare che moltiplicare le case degli esposti, e Dellesert voleva che sulla porta di questi istituti fosse scritto : qui si fanno morire gl' infanti a spese del pubblico.

Nel 1834 ebbe principio in Francia la soppressione delle *ruote;* dal 1834 al 1837 furono soppresse in 42 dipartimenti 67

(1) Albini op. cit.

ruote: i bambini furono ricevuti in 144 Ospizii, detti depositi; uno o più di questi Ospizi esistono in ciascun dipartimento.

Il Lamartine però allora difese vivacemente la istituzione delle *ruote;* egli nel 1837 dalla tribuna francese paragonava la provvidenza della ruota a una madre amorosa che chiude gli occhi per non vedere, e stende e allarga le braccia per raccogliere e stringere al suo seno quanti pargoli a lei venivano, senza mirare come e da dove venissero; accusava gli economisti partigiani della soppressione di aver messa al posto del cuore una cifra, e di voler sciogliere le quistioni morali col solo criterio dei numeri.

Ma già in Francia fin d'ora si mostrano dubbiosi del vantaggio della soppressione delle ruote e ora se ne domanda la ricostituzione.

Nel 25 febbraio 1877 il signor Beranger, in nome della Commissione delle Petizioni, lesse sopra una petizione del Dott. Brochard al Senato un rapporto, tendente: 1° al ristabilimento dei torni; 2° all'abrogazione della legge del 5 maggio 1869, che ha tolto il servizio degli esposti alle amministrazioni ospitaliere per darlo all'amministrazione dipartimentale.

Il Brochard esponeva: che la soppressione dei torni è una misura illegale, perchè contraria al decreto del 1811; ha per effetto di moltiplicare i delitti, crea delle industrie delittuose dando luogo agli aborti criminosi; è l'effetto di una preoccupazione colpevole di economia; aggiunge che il registro aperto, qualunque siasi la buona volontà dell'amministrazione, dà luogo sempre ad un'assistenza inumana, insufficiente, impopolare; che i soccorsi alle figlie madri non possono essere che limitati, insufficienti, immorali, crudeli per la madre, minacciosi per la vita del bambino, che l'Amministrazione, sbarazzata di una gran parte della spesa con la chiusura del torno, non si cura bastantemente di sapere ciò che diventano i bambini esposti, e perciò una mortalità spaventevole per mancanza di assistenza e di sorveglianza.

Nel 12 maggio dello stesso anno Enrico di Lacretelle, per ragioni consimili, presentava alla Camera dei Deputati un progetto di legge che ristabilirebbe in ciascun capoluogo di circondario un Ospizio per gli esposti, con torni. In fine nel 10 febbraio 1878 fu presentato dal Beranger e da altri al Senato francese un progetto di legge, con cui si stabiliva in ogni circondario un asilo per esposti con ruota.

La Commissione, cui la Società d'Igiene di Parigi aveva affidato lo studio della quistione, accettò in massima questo progetto di legge, emise però il voto che dal progetto di legge fosse tolta la parola torno, che ha qualche cosa di triste e di penoso. Condanna la ruota, perchè riassume tutto intero un sistema di beneficenza fatta di una carità male intesa e di un falso zelo religioso, e, per causa del segreto con cui si circonda,

assicura l' impunità agli autori dell' esposizione abituale, e di quello dei legittimi offendendo la buona morale e la ragione economica. Consiglia invece la denominazione di *primo asilo, piccolo presepio, bambinaia*, *nursery*, come viene chiamata nel Canadà ove esiste una simile istituzione. Là una donna viene a deporre il suo bambino, e può dare all'impiegato tutti i ragguagli, che a suo tempo le permetteranno di ritirarlo.

Gran sostenitore di questo nuovo modo di beneficenza è il Dott. di Pietra Santa (1).

« Se non si può, egli dice, pensare per il momento a modificare il testo della legge sulla ricerca della paternità, se non fu permesso finora di unire nello stesso asilo la figlia madre col suo bambino, se il soccorso alle figlie madri è pericoloso dal punto di vista morale e finanziario, se l'assistenza governativa e dipartimentale degli esposti non corrisponde, bisogna sostituire all'antica ruota una istituzione equivalente con la quale la madre colpevole trovi rispettato il segreto, la via aperta al pentimento e alla riabilitazione morale, e possa nel tempo stesso salvare sè e il suo bambino dall' onta. Allora non sarà messa nell' alternativa di abbandonare il suo bambino, o di allevarlo solo quando le sue condizioni sociali ed economiche lo permettino.

39. L'Italia, dove le ruote, per l'influenza della Chiesa cattolica, esistevano quasi dappertutto, ne ebbe rinvigorita l'istituzione dal decreto imperiale del 1811.

Anche quivi insigni scrittori, tra i quali C. Petitti di Roreto, Devincenzi, Zuccagni, Orlandini, Ferrario, Tepolo, Roboletti, Andreucci e il Prof. Zappoli, impensieriti del luttuoso riprodursi di quelle cagioni, che ne avevano suggerito l'impianto, l' infanticidio, cioè, e il procurato aborto in più spaventosa misura, nonchè del triste spettacolo dell' abbandono di miseri innocenti nelle pubbliche vie, propugnono, quantunque lo dichiarino accompagnato da non lievi inconvenienti, l' uso della ruota. Ma d'altra parte scrittori, non meno dotti e soprattutto basati sull'esperienza, tra i quali Griffini, Maestri, Triberti, Onetti, Agostini, Guala, Caravaggio, Gatti e il Prof. Bo, si fecero strenui sostenitori dell'utilità e della necessità di abolire la ruota, che un dotto inglese chiamò la migliore macchinetta di demoralizzazione che si possa inventare.

Il Prof. Bo, in una dotta monografia « *Gli esposti e la ruota*, sostenne l'abolizione della ruota in tutti gli Ospizi dei trovatelli, e specialmente in quello di Genova, sua patria.

Il dotto professore, dopo aver premessi alcuni tratti di storia antica, medioevale e recente intorno alle vicende della esposizione e dei soccorsi che nei diversi tempi e luoghi si accordarono ai trovatelli, rileva che mentre in Italia si conta un esposto

---

(1) *Journal* d'Hygiène, 2 mai 1878; num. 84.

sopra 500 abitanti, negli altri paesi, dove fu soppressa la ruota da gran tempo, si ha appena un esposto sopra 1500 abitanti. A Milano, nel secondo semestre del 1868, essendosi nell'Ospizio provinciale soppressa la ruota, il numero degli esposti fu minore di oltre del doppio di quello verificatosi nel primo semestre dello stesso anno; e mentre nell'intero anno 1867 si erano ricevuti all'Ospizio, quali trovatelli, 1362 bambini, nel successivo anno 1868 il numero dei medesimi si ridusse a 604, cioè a 758 di meno, i quali dovevano essere per la maggior parte legittimi.

Osserva pure il Prof. Bo che, per effetto dell'uso della ruota, si verificava sovente che una madre, dopo avere la notte mandato ad esporre il suo bambino munito di un segno di riconoscimento, si recava al giorno a ritirarlo dall'Ospizio per allattarlo e percepire il baliatico come nutrice, aggravando cosi ingiustamente l'amministrazione dell'Ospizio, il Comune, lo Stato di una spesa non dovuta.

Quanto poi al supposto aumento d'infanticidii per effetto della soppressione della ruota, osserva il Bo essere costante il fatto che l'infanticidio è generalmente commesso appena verificatosi il parto, quando la madre, turbata dal timore del disonore e dalle conseguenze del suo fallo, distrugge quel frutto che non conosce ancora, che non ha ancora stretto al suo seno e coperto di baci; mentre che in vece bastano poche ore, perchè il sentimento materno, cosi fortemente scolpito nel cuore della donna, si manifestasse, e allora il bambino è salvo: nè certamente in quel primo istante di delirio, in cui la madre fosse trascinata a portar la mano omicida sul suo bambino, essa pensa alla ruota.

Queste ragioni addotte dal Prof. Bo hanno certamente il loro peso; però non sono tali da dissipare completamente i dubbi sulla bontà del provvedimento con cui si abolivano le ruote; imperocchè rimane sempre il grave pericolo che la mancanza di un mezzo per sottrarsi al disonore induca le madri alla soppressione del frutto illegittimo delle loro visceri, e ciò é tanto vero che già in Francia si pensa al ripristinamento della ruota.

Non vi è legge generale che stabilisca la soppressione delle ruote, ma sono invece le Autorità Provinciali che in quasi tutto il regno hanno applicata questa misura.

Nel 1868 al Congresso di Venezia era stata formalmente domandata dall'Associazione medica, per considerazioni economico-finanziarie, morali ed igieniche, la soppressione delle ruote. Però, anche prima di questa epoca, la provincia di Ferrara nel 1867 fu la prima ad abolire la ruota; l'anno dopo, nel 1868, fu abolita nel brefotrofio di Milano; nel 1872 in quello di S. Spirito a Roma e nel 1875 nella S. Casa dell'Annunziata in Napoli.

40. La media generale della mortalità degli esposti nei diversi Asili d'Italia, secondo documenti ufficiali, negli ultimi anni si era elevata al 70, 80, 90 e perfino al 95 per 100. Ma queste

cifre dipendono da moltissimi fattori, che è difficile giustamente apprezzare.

Nell'Ospizio dei trovatelli di Napoli all'Annunziata la mortalità dei bambini rimasti allevati ivi fu, nell'anno 1859, l'81 per 100; nell'Asilo di Venezia dal 1835 al 1858 si ebbe la mortalità del 56 per 100; la mortalità del brefotrofio romano nel biennio 1867-1868 fu nell' interno del baliatico il 59 per 100; a Bologna gli esposti trovandosi in più lodevoli condizioni per ciò che concerne l'allattamento, ma in triste condizione per quanto si riferisce ai locali, la mortalità nel biennio 1867-1868 fu il 22,05 per 100 (1).

In genere la mortalità degli esposti nelle diverse città d'Italia variò sempre in ragione che erano tenuti nell' Ospizio o erano allevati in campagna; e anche ora i bambini negli Ospizi moriranno allo stesso modo, se tenuti in locali ristretti o con baliatico insufficiente.

Le cause poi di questa eccessiva mortalità sono molte, varie e complesse, e tra queste più comune e generale è quella che consiste nella miseria da cui è per lo più afflitta la madre di questi esseri infelici: il lavoro durante la gestazione, le compressioni immodiche, l'azione degli abortivi, i patemi d'animi, lo scarso e cattivo alimento, il parto spesso effettuato senz' alcuna assistenza, fra lo spavento e le lagrime, il marasmo, l'estenuazione della puerpera, danno a questi meschini frutti della colpa il germe deleterio e distruttore della debole loro esistenza; e quindi non deve meravigliare se, appena entrati nell'Ospizio o dopo breve soggiorno. muoiano ancora inconsapevoli della vita. A queste cagioni si aggiunge che questi piccini sono adunati in gran numero nei locali destinati al baliatico, nei quali, in certe stagioni, dovendosi mantenere riparati dal freddo, l'ambiente viene impregnato di esalazioni mefitiche, causa di malattie e di morte per questi disgraziati; così pure il difetto della necessaria quantità e buona qualità di nutrimento e la mancanza delle cure materne sono altre cause di questa mortalità.

IX. — Riforme.

41. *Considerazioni generali.* — **42.** *Progetto del Prof. Castiglioni.*

41. Abbiamo detto fin da principio di questo lavoro che la quistione degli esposti non è ancora risoluta in modo equo e definitivo in Italia, e che manca una legge che regoli sì importante materia.

Dopo la soppressione delle ruote, le Autorità Provinciali hanno adottato l'accertamento della illegittimità della nascita mediante dichiarazione allo Stato Civile fatta dalle persone, di cui agli

(1) Federici, *Esposti*, nell'*Enciclopedia Medica Italiana.*

articoli 373 e 377 del codice civile, oppure con la dichiarazione fatta da una persona proba davanti ad una Commissione e la registrazione in apposito verbale.

Ammettendo pure, osserva il Federici (1), che con questo sistema nessuno dei gravi inconvenienti e deplorevoli conseguenze affacciate dai difensori della ruota non si realizzino, e anzi si sia ottenuta una riguardevole diminuzione nel numero degli esposti, pure il compito del legislatore non è esaurito. Ogni bambino che viene alla luce, non importa in quale condizione, dovrebbe avere almeno il diritto di conoscere sua madre, e questa dovrebbe rispondere in faccia alla società del proprio figlio, come è ora responsabile di tutti quegli altri suoi atti privati, che sono nel tempo stesso d'interesse generale. Il sistema attualmente adottato che tutela i diritti dei legittimi, e si avvalora per ragioni finanziarie, non difende l'infelice irresponsabile dalle conseguenze della colpa materna, e dall'egoismo del padre.

42. A conseguire questo scopo il Prof. Castiglioni, con alcune proposte presentate in una sua relazione letta al Congresso di Bologna del 1874, ci ha indicati i mezzi adatti. Col sistema da lui proposto, e che dovrebbe attuarsi mediante una legge generale per tutta Italia, si sopprime la ruota, l' accettazione si dovrebbe effettuare sempre col documento di stato civile, salve le poche eccezioni per i casi in cui non è rintracciata la madre; in fine, il riconoscimento dell' illegittimo è segreto, ma con tali modalità da lasciar sempre possibile la restituzione ai genitori in tempo opportuno. Questa possibilità si avrebbe scrivendo sempre il bambino nel libro dell'Asilo e nel registro dello Stato Civile come figlio d' ignoti, ma registrandolo nel tempo stesso in un secondo registro segreto sia nell'Asilo che allo Stato Civile, e accompagnandone questa volta col nome dei genitori che dichiarassero di non voler subito far conoscere il loro nome. Dopo dieci anni l'ospizio, tranne casi di condizioni eccezionalissime di famiglie che potessero esigere per motivi riconosciuti gravissimi la continuazione e la perpetuità del segreto, avrebbe sempre il diritto di costringere di ufficio o con i mezzi voluti dal codice i parenti a provvedere gli alimenti al figlio abbandonato, secondo le disposizioni degli articoli 184 e 186 codice civile e in ultimo, quando l' esposto avesse maggiore etá, potrebbe sempre fare la ricerca e il reclamo della maternità e farsi pubblicamente riconoscere.

Attualmente gli Ospizi non danno alla madre alcun' indizio concernente il suo bambino. Tutte le restrizioni e penalità sono imposte nel timore che altrimenti s'incoraggerebbe l'esposizione; e così si tramuta una quistione tutta sociale di moralità in una controversia di denaro. La madre in vece dev'essere ravvicinata

(1) Op. cit.

al suo bambino, pur potendo o volendo, deve usufruire del sussidio per il baliatico e dei soccorsi a domicilio per la maternità povera, perchè le madri povere anche illegittime debbono essere messe in condizioni di poter tenere con sè i loro figliuoli.

Nel coltivare, soccorrere, premiare l'amore materno, anche in seno delle famiglie equivoche e nella stessa degradazione della colpa, sta tutto il segreto dell'avvenire degli esposti (1).

A noi pare, però, che queste proposte del Prof. Castiglioni possono assicurare lo stato civile agli esposti, ma è molto problematico se assicurino loro la vita!

X. — La Santa Casa dell'Annunziata in Napoli.

43. *Origini*. — 44. *Inconvenienti* — 45. *Inchiesta amministrativa.*

43. A compimento di questi *appunti sugli esposti*, crediamo opportuno riportare alcune notizie storiche della Santa Casa dell'Annunziata in Napoli, la quale è destinata per raccogliere i trovatelli.

Nel 1316 i germani Giacomo e Nicola Scondito, nobili di Capuana, essendo stati liberati da penosa prigionia sofferta in Firenze, in adempimento di un voto fatto alla Vergine, edificarono una chiesa poco lungi dal sito ove sorge lo stabilimento dell'Annunziata. In seguito si fondò ivi una confraternita di laici disciplinati, chiamata dei Battenti o Ripentiti, la quale edificò un Ospedale per i poveri.

Era penitenza, voluta dalla regola dei confratelli di cotesta Congrega, di andare in giro per la città di notte, chi dice tutti i venerdì dell'anno, chi solo nel venerdì e sabato santo, percuotendosi con disciplina o recitando orazioni ad alta voce.

In una di queste notti, i congregati rinvennero abbandonata e quasi in fin di vita una fanciullina in fasce, con la seguente scritta sul petto: « *Buttata per povertà.* » Con quella trovatella raccolta e amorevolmente allevata, fu aperto un Asilo di Orfanelli abbandonati nella Santa Casa dell'Annunziata.

Posteriormente la Regina Sancia d'Aragona, moglie del Re Roberto d'Angiò, avendosi fatto cedere quell'edifizio che addisse a ritiro di donne, ne diede in vece un altro più ampio e poco distante dal primo, affine di costruirsi quivi una chiesa e un locale ove si potessero continuare quelle pie opere, al quale scopo donò pure vistose somme. Però quello stabilimento non limitavasi all'ospedale e all'asilo dei proietti, ma assumeva pure altre opere di carità, a seconda che si andava man mano accre-

(1) Federici, *op. cit.*

scendo la sua dotazione, specialmente per effetto delle private largizioni (1).

Dopo cento anni la Regina Giovanna, sperando forse nella grave età di alleviare i suoi rimorsi con atto di pietosa carità, rivolse all'Annunziata generosissime cure. Ivi l'accorrere degl'infermi all'Ospedale e dei bambini reietti all'Asilo facevasi sempre maggiore; e la Regina ebbe quasi a riedificare l'edifizio dalle fondamenta, e lo portò all'ampiezza in cui si vede presentemente; venne quindi dotato di molti beni, fra cui il feudo di Vignola in Basilicata e un territorio demaniale in Pozzuoli donati dalla Regina Giovanna nel 1420. E in seguito Principi, Pontefici, signori e facoltosi cittadini facevano a gara nel concedere alla Santa Casa donazioni, legati, privilegi e larghezze d'ogni maniera: basta dire che nella metà del secolo XVII tante cumulate ricchezze fruttavano un'entrata (grandissima a quei tempi) di 200,000 scudi, pari a L. 1,020,000!

L'asilo dei proietti, avendo aperto al pubblico la sua ruota di ricezione, li vide ben presto in esso affluire con una ragione rapidamente crescente, giacchè non dovette più accogliere in sè quegli infelici bambini, che, figli d'illegittime unioni, erano stati dai loro genitori esposti e abbandonati in balia della sorte, ma invece tutti quelli, di cui fosse piaciuto ai genitori disfarsi, profittando della opportunitá che all'oggetto la fondazione stessa loro offriva.

Questa ruota era a forma di tamburo, che trovavasi in corrispondenza con la buca esterna dell'edifizio, essa accoglieva dì e notte i bambini, che, passati per essa, erano raccolti nella camera interna da una donna chiamata rotara, e in seguito di tempo da una Suora della Carità destinata a questo ufficio. Costei passava tosto a una nutrice la povera creaturina, la quale veniva battezzata col nome della balia, che ne assumeva la nutrizione, e il sacerdote, nel battezzarla, la fregiava di una medaglina di piombo, sulla quale era incisa l'imagine della Vergine (2).

In poco tempo crebbe tanto l'abuso e l'affluenza dei bambini in quello stabilimento che ben presto rimasero assorbiti tutti i fondi assegnati per le altre opere pie, le quali dovettero però necessariamente rimanere abolite, e a poco a poco anche l'asilo dei proietti andava declinando, finchè nel cominciare di questo secolo per le politiche vicende del regno, fu privato di tutte le sue rendite; onde restò quasi interamente annichilito.

Nel 1816 però fu richiamato a nuova vita questa opera di beneficenza, la quale andò man mano acquistando sempre più estese proporzioni, tanto in rapporto al numero dei fanciulli an-

(1) **Abate.** *Sulle case di asilo degli esposti e specialmente su quella dell'Annunziata di Napoli.* Napoli 1860.

(2) **Ravaschieri,** *Carità Napoletana*, vol. I.

nualmente accolti nell'ospizio, quanto per i vistosi fondi di che fu accresciuta la sua dotazione.

44. Ma per quanto fosse grande la sollecitudine del Governo, pure quell'ospizio presentava non lievi inconvenienti, basta dire che nel solo anno 1836 di 1113 bambini rimasti ad essere allevati nello stabilimento 861 morirono, cioè nella proporzione di circa il 77 per 100; mentre che di quelli dati ad allattamento esterno le morti furono di gran lunga minori; e cioè degli 838 dati a pagamento morirono 80, nella proporzione di circa il 10 per 100, e dei 668 dati gratis morirono 92, nella proporzione di circa il 14 per 100.

Le ragioni di si enorme mortalitá specie per i fanciulli rimasti ad essere allevati nell'ospizio, osserva l'Abate, sono diverse: 1.° sofferenze nei viaggi, giacché in quell'ospizio si raccolgono fanciulli anche di altre provincie ai quali le sofferenze di un lungo viaggio potevano essere gravemente perniciose; 2.° alimenti, perchè le nutrici dovevano alimentare non già un solo bambino, ma due e spesso anche tre; 3:° qualità del latte che succhiavano quei poveri bambini; 4. cure a cui i proietti sono affidati nello stabilimento, e 5.° in fine malattie che sono conseguenza dell'agglomeramento di molti proietti in un locale.

Nel 1857 come abbiamo detto precedentemente la mortalità dei bambini allevati fu l'81 per 100; mentre che quelli dati ad allattamento esterno fu il 6 per 100 circa per l'allattamento gratis, e il 7 per 100 circa per quello a pagamento.

Essendosi praticati accurati miglioramenti igienici, la mortalità diminuì in tal modo da aversi appena la proporzione del 25 per 100.

45. Ma pur troppo le condizioni di questo ospizio andarono peggiorando, tanto che la Giunta Provinciale Amministrativa di Napoli nel 1897 procedette a una severa inchiesta e fu allora che si ebbe a deplorare che di 856 bambini, entrati nell'ospizio nel 1895, 853 morirono nel 1895 e 1896, e soli 3 rimasero vivi nell'anno 1896.

Di fronte a tanta eloquenza di cifre, il Governo sciolse l'Amministrazione della Santa Casa dell'Annunziata e nominò R. Commissario il Prof. Pucci.

Per non uscire dai limiti del presente lavoro non ci occupiamo qui delle cause di questa immensa mortalità, e di tutte le gravi quistioni riflettenti l'Amministrazione di questa Opera pia e delle riforme che ad essa bisognerebbe apportare, solo per completare le notizie storiche aggiungiamo che lo statuto finora vigente è quello del 25 marzo 1875, formato dal governo locale di quel tempo, composto dai signori Comm. Fedele de Siervo sopraintendente , cav. Camillo Cammarota e cav. Nicola De Crescenzo governatori, approvato d'ordine del Re dal Ministro dell'interno Cantelli.

Per l'art. 19 dello statuto le esposte hanno diritto a rimanere nell'istituto fino ai 25 anni di età, e fino ai 21 anno quelle che vi fossero rientrate dopo esserne uscite.

E per l'art. 46 delle disposizioni transitorie le alunne che al 25 marzo 1875 avevano sorpassato gli anni 25, hanno diritto di continuare a convivere nell'ospizio fino alla loro morte, quando non si fosse trovato per esse un onesto collocamento.

Con queste disposizioni gran parte del patrimonio dell' Annunziata è distratta dal vero scopo a cui dovrebbe mirare l'istituzione, cioè la cura e l'allattamento degli esposti.

Francesco Parisi

PARTE SECONDA - GIURISPRUDENZA

CORTE DI CASSAZIONE DI NAPOLI — *23 maggio 1897*

CIAMPA *PP.* — SALVATI *Est.*

Giunti (avv. A. Greco) c.° Berlingeri (avv. Strigari)

Sublocazione — Estagli — Proprietario — Esazione — Privilegio
(art. 1574, 1958 cod. civ.).

Il proprietario non ha il diritto di esigere direttamente gli estagli dovuti dal subconduttore non ostante un sequestro di terzo praticato a danno del conduttore, ma gli compete il privilegio di cui all'art. 1958 cod. civ.

I signori Berlingieri per un loro credito contro Lamanna sequestrarono nella mani di Giovanbattista Rotondo le somme dovute a Lamanna.

Il Rotondo si dichiarò debitore di lire 300, i Lamanna oppugnarono questa dichiarazione sostenendo che il debitore era per estaglio di parte del fondo Patorno a lui sublocato per lire 1050, ed esibiva un contratto dichiarazione verbale, registrato però dopo il sequestro. Non fu opposto alla deduzione dei Lamanna.

Intervenne il Barone Leopoldo Giunti, e chiese si attribuissero a lui le lire 300 dichiarate dal Rotondo, perchè non era stato soddisfatto dai Lamanna di maggiore somme per estaglio. Il Pretore ne rigettò la domanda come non giustificata; il Tribunale rigettò l'appello del Giunti, salvo l'ammissione di lui in contributo, respingendo le maggiori deduzioni del medesimo fatte in appello.

Disse il Tribunale che non poteva competere privilegio per l'art. 1574, perchè questa disposizione accorda al proprietario un' azione tutta personale contro il sublocatore, non il privilegio dell' art. 1958

perchè questo privilegio è limitato ai frutti naturali, non comprende i frutti civili quali sono gli estagli, così come è pel privilegio del fisco.

Si è considerato dal Supremo Collegio che a seguire le parti parrebbe che limpida sia la quistione tra esse impegnata, ma parrebbe soltanto: e di vero la duplicità la si crea per parvenza non certo per sostanza, imperocchè per sostanza essa è unica ed a chi ben guarda non altrimenti s'apprende che così, e se si duplica, non cessa la indagine, ma ne ha faccia per la duplice, e meglio diversa per le due vie, che si battono nel volerne raggiungere la soluzione.

Per la lizza impegnata tra il proprietario del fondo e il sublocatore a chi debba profittare la somma dovuta dal subconduttore per la sublocazione se al primo o al secondo, si esce dal sentiero del dritto volendo disgiungere e non riunire le disposizioni degli articoli 1574 e 1958, mentre le due disposizioni mirano a stabilire guarentigia al proprietario salvo che i modi sono diversi. Onde bene a ragione la sentenza impugnata proclamò l'attuazione dell'art. 1958, perchè il debito del subconduttore non cessa di esser debito per ragione di avuto godimento della cosa del proprietario, nè era dato per una subconduzione, paralizzargliene il dritto o per lo meno sporlo *alteri per alterum non potest in suam iniqua conditio inferri L. 74 ff. de regulis juris.*

Per questi motivi ecc.

Cassazione di Napoli — *21 luglio 1897*

Ciampa *P. P.* — Salvati *Est.*

Graziano (avv. Rinaldi) c.° Graziano (avv. Summonte)

Competenza — Giudizio di danni — Condanna Penale — Contemporaneità (art. 570, 571, 575 C. P. P.

La competenza eccezionale, fissata dall'art. 571, ha luogo soltanto quando si emette la condanna ai danni contemporaneamente a quella penale; in ogni altro caso, agendosi per danni con separato giudizio, ha luogo la competenza ordinaria (1).

Attesochè è pacifico tra le parti che una querela fu prodotta da Maria Lucia Graziano contro Orazio Campanelli moglie di Giovanni Graziano, dalla quale furono costoro assoluti, senza che si fosse emessa alcuna condanna dal giudice penale sia per spese che per danni. Al seguito di che Giovanni Graziano citò la Maria Lucia

(1) Stessa Cassazione, 8 marzo 1897 (*Mor. Giurid.* VII, 139).

Graziano perchè fosse condannata a L. 14 di danni e spese cagionategli per effetto della prodotta querela, e la sua domanda venne accolta dal conciliatore; fu prodotto appello da questa sentenza solo per la competenza, essendo inappellabile pel merito la sentenza, e il Pretore dichiarò la incompetenza del Conciliatore in base dell'art. 571, e avverso di questa sentenza, produce ricorso il Giovanni Graziano.

Attesochè lo articolo 571 egli è vero statuisce una competenza eccezionale del giudice civile di grado eguale al Giudice penale che ebbe pronunziata la condanna penale; ma solo quando contemporaneamente alla condanna penale si fosse proceduto alla condanna dei danni interessi e spese in pro del dannegiato della parte civile o del querelato a seconda dei casi di condanna o di assoluzione, e si dovesse procedere alla liquidazione di questi danni interessi e spese. Non è peró applicabile la competenza eccezionale dello art. 571 quando che non si agisca per liquidazione in base di una condanna già emessa dal giudice penale, ma con giudizio *ex integro* si domandi la rifazione di un danno ricevuto da un fatto dell'uomo, sia il delittuoso, sia per querela, come è il fatto in specie. Sarà quistione di sapersi se sia ammissibile e proponibile l'azione, ma l'ammissibilità o proponibilità è demanio del giudice del merito, e rapportare alla incompetenza la improponibilità dell'azione è un anacronismo, perciocchè chi giudica dell'improponibilità di un'azione ne giudica come giudice dell'azione e il magistrato incompetente non è giudice di quell'azione.

Attesochè accogliendosi il ricorso, va restituito il deposito, e trattandosi di pura quistione di competenza possono le spese compensarsi.

Per tali motivi ecc. ecc.

CASSAZIONE DI NAPOLI — *24 luglio 1897*

CIAMPA *P. P.* — SALVATI *Est.*

Norante (avv. F. Lauria) c.º Candela (avv. Foschini)

Strade vicinali — Possesso — Manutenzione (art. 694 Cod. Civ).

Sono manutenibili le strade che hanno un carattere titolato, ossia la necessità che viene dalla legge, ma non sono manutenibili le strade vicinali, per le quali, il passaggio si esercita JURE CONDOMINI NON IURE SERVITUTIS.

La Corte osserva in fatto ed in dritto: atteso che una costante giurisprudenza di questo Supremo Collegio ha ritenuto che non compete azione di spoglio e manutenzione nelle servitù di passaggio sul fondo altrui quando la servitù non sia titolata, imperocchè trattan-

dosi di servitù discontinue non sono prescrittibili la mercè del possesso stante che il possesso non può mai avere le caratteristiche di legge d'essere pacifico, pubblico, continuo, animo domini, ma ha e deve avere sempre la caratteristica di un'equivocità, congiunta all'altra di una clandestinità. E potrebbe anche essere un passaggio di tolleranza, o difettante perciò anche dell'altro estremo dell'animo domini, esercitantesi per generosità altrui.

Attesochè è pur costante la giurisprudenza di questo collegio che faccia eccezione a questa regola il caso del passaggio necessario in che il titolo sta nella legge. Imperò tali teorie invocate dai ricorrenti non fanno al caso, quando che si versi in passaggio per una strada vicinale. Queste strade si fanno *ex agris privatorum collatis* e perciò sono di proprietà comune dei frontisti, di coloro cioè che han contribuito con la riserva dei loro fondi alla formazione di esse Epperò il passaggio sulle stesse si esercita *jure condomini* non *jure servitutis*, e quindi non sono applicabili le teorie dell'equivocità del possesso, che è insito nella natura di una servitù discontinua.

Laonde si circoscrive tutta la indagine nel sapersi, se si tratti di una via vicinale; e se lo spogliato violento del possesso sia frontista. E questa indagine compì il Tribunale con la denunziata sentenza. Osservò il giudice del merito che trattavasi di una via detta Buccaro, larga tre metri, che dalla strada provinciale di Campomarino si estende per parecchi fondi e per la estensione più del chilometro sino al fiume Bifermo. Detta strada Buccaro per la estensione del fondo Norante vedesi ristretta ad un metro, e i due metri sonosi di recente zappati e incorporati al fondo Norante Domenicantonio, rimanendo tre metri per tutta la estensione e prima e dopo il fondo Norante. E questa Strada Buccaro doveva ritenersi vicinale perchè non elencata nelle vie comunali nè era stata provinciale, perchè confinava con parecchi fondi, perchè tale la definì il perito, tale la disse il Pretore, tale la nomarono i testimoni tutti.

E dopo siffatte e chiare indagini come puossi sostenere dai ricorrenti Norante che abbia il Giudice del merito trascurata la indagine sulla esistenza della via?. Ed invano si arrovellano essi nel voler giovare all'equivoco d'essere cioè caduto il tribunale in errore per aver confuso la via vicinale che esiste sino al fondo di Norante col passaggio o viottolo che traversa il fondo Norante. Che no, imperocchè la via Buccaro che arriva al Biferno al di là del fondo Norante, e il Candela era col suo fondo al di là del Norante, epperò rimaneva chiuso dal paese per la ostruzione alla via fatta da Norante.

Quindi respinti vanno il primo ed il secondo mezzo del ricorso che mettono in campo un passaggio di tolleranza pel fondo Norante

non manutenibile e pel quale non compete l'azione di spoglio, non essendo possibile un possesso legale.

Attesochè nè tampoco può farsi buon viso al terzo mezzo del ricorso, col quale si vorrebbe non concorrere la violenza, per essersi dal Pasquale Norante esercitato un suo dritto di respingere la violenza con la violenza. Narrano i ricorrenti che mentre essi erano in possesso di quella zona zappata ed arata, erasi permesso il Candela la mattina fare un solco da slagare sino a tre metri il metro del viottolo, e perciò il Pasquale Norante si fece trovare armato alla entrata del suo fondo, dicendo alla carovana dei lavori Candela « chi ha onore che si avvicini ».

Questa deduzione del Norante fu ritenuta tal quale dal tribunale il quale però ebbe a ritenere che il primo ad usare la violenza sulla cosa fu Norante col restringere arbitrariamente la strada, e il fatto del solco tirato dal Candela non lo autorizzava ad impedire il passaggio a mano armata, dal perchè la violenza del Candela si chiedeva con la violenza del Norante sulla cosa, e restava perciò lo spoglio violento della sera.

Il Collegio Supremo non sa fare plauso alla teoria del tribunale della compensazione delle violenze, concetto erroneo, non essendo applicabile alla violenza civile dello spoglio la teorica della compensazione delle colpe La violenza occorre che accompagni lo spoglio, non monta se lo spogliato usi pure violenza per non essere spogliato. Fuori dubbio i Norante abusivamente e violentemente avevano spogliato il Candela dal possesso della via Buccaro, ch'è di condominio di tutti i frondisti durante tutto il suo percorso, e Candela è frontista. Che se quel giorno Candela passò coi carri e le macchine agrarie facendo il celebrato solco, che avrebbe potuto ancora esser fatto dalle ruote dei carri, egli non usò la violenza dello spoglio, perchè potrebbe esservi una violenza non già uno spoglio, egli esercitò il suo dritto di passaggio per condominio, e quando a sera il Pasquale Norante impedì il ritorno in paese dei carri e macchine agrarie dal Candela, armata mano, non accompagnò lo spoglio con la violenza? Che se non si voglia ritenere la violenza nel primo fatto di avere dissodato la via ed arato il terreno, fuori ogni dubbio intervenne nel secondo fatto la violenza, per aver fatto uso d'armi e minacce, e privato il Candela del suo possesso della via vicinale Buccaro.

Epperò neppure regge il terzo motivo.

E va di conseguenza rigettato il ricorso, e condannato il ricorrente alla perdita del deposito ed alle spese di Cassazione.

Per tali motivi ecc. ecc.

Corte di Cassazione di Napoli — *21 luglio 1896*

Ciampa *PP.* — Pasqaloni *Est.*

Caniglia (avv.ti G. e D. Foschini) c.° **Freda** (avv.ti Masser, Coviello e Tritiletti)

Esecuzione mobiliare — Appello — Notifica — Domicilio eletto — Non revocato — Terzo pignorato — Appello — Termine ordinario — Termine a comparire — Maggiore di quello legale — Validità (art. 139, 536, 563, Cod. Proc. Civ.).

a) *Nei giudizii di esecuzione, l'appello è legalmente notificato nel domicilio eletto coll'atto del pignoramento ancorchè non siasi ripetuto in seguito della notificazione della sentenza; nè è richiesta alla validità della elezione del domicilio che essa sia fatta presso un pubblico ufficio.*

b) *Il terzo pignorato può proporre gravame nei termini ordinarii ancorchè la sua dichiarazione non fu oppugnata qualora si tratti d'impugnare la sentenza contraria alle affermazioni della dichiarata qualità.*

c) *Non è nullo l'atto di citazione, in cui è assegnato un termine a comparire maggiore di quello stabilito dalla legge.*

La Corte ha ritenuto in fatto che Michele Caniglia creditore per giudicato di Vincenzo Gentile pignorava presso Maria Freda moglie del Gentile le somme dovute al marito.

La Freda, citata davanti il Pretore, dichiarò che, per contratto di separazione personale del 1 luglio 1891, era obbligata a pagare al Gentile l'annua pensione alimentaria di lire 5000, ed altre lire 1000 annue in virtù della scrittura privata del 3 agosto 93, che un giudicato avea assegnato al precedente pignorante Francesco del Pozzo lire 1200 annue, ritenendo insequestrabile le altre lire 4800 che per varii pagamenti eseguiti a pro di Del Pozzo, di Gentile, dell'Esattore di Bitonto e di altri creditori delegatari del marito, ella rimanea debitrice di lire 2100 solamente.

Aggiunse volere ottenere giudiziariamente la risoluzione del patto contenuto nell'istrumento del 1891 e la nullità dell'obbligazione del 1891.

Nel giudizio intervenne il Cancelliere della Pretura di Foggia pel ricupero di spese di giustizia.

La dichiarazione della Freda non fu impugnata. Il Pretore, con sentenza del dì 8 giugno 1896, assegnò al Caniglia ed al Cancelliere le lire 6000 dichiarate dalla Freda sino alla concorrenza dei rispettivi crediti.

La signora Freda produsse appello citando il solo Caniglia. Il Gentile spiegò gravame adesivo.

Il Tribunale rigettò la eccezione d'inammissibilità e nullità dell'appello della Freda, e prima di provvedere nel merito, ordinò l'integrazione del giudizio con la chiamata in causa del Cancelliere della

Pretura di Foggia. Michele Caniglia domanda la cassazione della sentenza del Tribunale.

Che nella sentenza impugnata non è inserita la conclusione presa da Vincenzo Gentile, ma è menzionata nella narrazione del fatto, ove si legge:

« Il debitore pignorato Gentile con comparsa adesiva intervenne « altresi in giudizio, chiedendo ancora la parte pignorata limitata « a sole lire 1200 annue » Laonde il voto della legge è stato ottemperato.

Che ove il Tribunale nel definire la lite, avesse omesso di pronunziare sul gravame adesivo avrebbe avuto ragione di dolersene piuttosto il Gentile che il Caniglia, ma nella specie fu disposta la integrazione del giudizio, riservandosi ogni altro provvedimento e quindi anche quello sul gravame per adesione.

E la riserva non è omissione.

Che il Caniglia non è stato in alcuna guisa pregiudicato perchè il Tribunale rigettò le sole eccezioni di nullità ed inammessibilità dell'appello della Freda, sicchè a suo tempo verranno discusse le eccezioni contro il gravame di Gentile.

Che però non vi ha luogo a discutere in Cassazione le eccezioni medesime dedotte col quarto motivo del ricorso.

Che non deve censurarsi la sentenza denunziata per aver respinta l'eccezione di nullità dell'appello della Freda.

E veramente il ricorrente con l'atto di pignoramento del 24 marzo 1896 faceva a norma di legge, elezione di domicilio in Foggia nello studio dell'avv. Francesco Aninni al Corso Vittorio Emmanuele e dichiarava altresi il suo domicilio reale in Rivisondoli.

Alla sua volta la Signora Freda si avvaleva della facoltà accordatale dalla legge notificando il suo appello nel domicilio eletto art. 563, 564 e 611 c. p. c.

Nè accade rilevare che il Caniglia con l'atto d'intimazione della sentenza del Pretore ripeteva la indicazione del domicilio reale soltanto, giacchè il domicilio eletto non fu rivocato, nè da altro sostituito. Ed essendo obbligo dell'istante nel procedimento di esecuzione, di eleggere il domicilio nel luogo indicato nell'art. 563 ove non vi abbia domicilio reale, o residenza, non potea la Freda esser tenuta a notificare il suo appello in Abbruzzo in un giudizio di esecuzione che avea luogo in Foggia.

Che il n. 2 dell'art. 536 non deroga alle disposizioni degli art. 134 n. 5 e 140 c. p. c. per le quali è permesso fare elezione di domicilio presso un ufficio, come sarebbe uno studio di avvocato, ed erra il Caniglia assumendo che il domicilio si possa eleggere solo in un ufficio pubblico. Ora essendosi il Tribunale convinto in fatto pel documento esibito che Francesco ed Ignazio Aninni padre e figlio

abitano la casa medesima, ed hanno unico studio, ove è stato notificato l'appello, la notificazione è legalmente seguita, e non ha alcuna importanza la indicazione della persona di Francesco nella elezione del domicilio, e quella d'Ignazio nell'atto d'intimazione.

Che l'eccezione d'inammessibilità dell'appello della Freda perchè prodotto fuori termine legale, nemmeno è giustificato.

La Freda è terza pegnoratária quindi il suo gravame andava proposto nella forma ordinaria anzicchè in quella eccezionale art. 485, 656, 657 c. p' c.

Il ricorrente osserva che ciò possa avvenire solo quando sorgono controversie intorno alla fatta dichiarazione, le quali non sieno di pura forma, e che la dichiarazione della Freda non fu impugnata.

Ma questo ragionamento sarebbe esatto se i creditori avessero domandato l'assegno delle somme disponibili, a norma della fatta dichiarazione, ed il Pretore avesse limitato l'assegno a quelle soltanto. Invece fu domandato e disposto l'assegno delle intere lire 6000 quindi il gravame della Freda contro la sentenza del Pretore, che dice violatrice della legge e del giudicato, e che la renderebbe responsabile delle somme devolute al debitore perchè ritenute insequestrabili, e di quelle spettanti a precedenti creditori pignoranti, solleva una controversia sulla dichiarazione cui i creditori ed il Pretore non si sarebbero attenuti benchè non contraddetta.

Che non è nullo l'atto di citazione in cui è assegnato un termine a comparire maggiore di quello stabilito dalla legge, che la parte citata può far ridurre al giusto, come ha fatto nella specie il Caniglia art. 153 c. p. c.

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI NAPOLI — *24 luglio 1897*

CIAMPA *PP.* — ANTONUCCI *Est.*

Testa (avv. di Lorenzo) c.° Costantino (avv. Tuozzi)

Appello — Rigetto senza esame — Costituzione di procuratore — Giorno della comparizione—Rinvio (art. 489 C. P. C.).

Quando l'appellante nelle cause sommarie, nel giorno della comparizione si presenta in giudizio, non è più il caso del rigetto d'appello senza esame, ancorchè la causa fu poi introitata a seguito di rinvio in sua contumacia (1).

---

(1) Nello stesso senso si è pronunziata la medesima Cassazione con la sentenza del 13 febbraio 1897 (*Mov. Giurid.* VII, 92).

Però precedentemente la stessa Cassazione ha ritenuto che deve rigettarsi senza

Ritenuto in fatto che Raffaele Testa, nel 14 giugno 1893 appellava da una sentenza del Pretore di Sessa Aurunca resa nel giudizio tra esso appellante e Giuseppe Costantino, con la quale si fece dritto alla di costei domanda per non essersi dal Testa prestato l'interrogatorio deferitogli dall'attrice. Tale appello fu portato all'udienza del Tribunale di Cassino nel 12 gennaio 1894 nella quale udienza il procuratore del Testa chiese differimento che il Tribunale non gli accordò. Introitatasi quindi la causa in contumacia del procuratore di esso Testa si presentò nell'interesse di costui comparsa tardiva, che con Decreto del Presidente fu ammessa. Avverso questo decreto, dall'appellato Costantino si produsse opposizione nel termine di legge, la quale non fu portata alla conoscenza del Presidente, e venuta invece la causa a cognizione del Tribunale questi osservò, che bene si era eccepita la inammissibilità della comparsa tardiva dell'appellante, giacchè comunque tanto l'attore che il convenuto può avvalersi del disposto nello art. 386 cod. proc. civ. venendo ivi fatta parola di contumace, pure nella specie l'appellante Testa non può dirsi tale per avere egli nell'udienza del 12 gennaio costituito il suo procuratore dal quale fu rappresentato nell'incidente sorto per chiesto rinvio della causa, e quindi non poteva parlarsi di contumacia per la nota massima *semel praesens semper praesens;* epperò non potendosi tener conto della comparsa tardiva fatta dal procuratore del detto Testa, l'appello da quest'ultimo prodotto dovea ritenersi introitato in contumacia, onde il rigetto puro e semplice di esso, articolo 489 cod. proc. civ., Per le quali ragioni, il Tribunale nel dichiarare inammissibile la comparsa tardiva dello appellante Testa, rivocò l'analogo decreto presidenziale, e rigettò l'appello ordinando l'esecuzione della impugnata sentenza,

Contro di questa sentenza ha prodotto ricorso il Raffaele Testa proponendo i seguenti mezzi di annullamento:

---

esame l'appello, anche quando la causa in seguito a rinvio, si porta all'udienza in un giorno diverso da quello indicato nell'atto di appello. E difatti, osserva la Cassazione (Sentenza 5 marzo 1896, Ciampa PP. – Antonucci Est. *Gazz. Proc.* XXVII, pag. 400), « invano si oppone che per un tale differimento, nel giorno in cui la causa avrebbe dovuto trattarsi fu presente l'appellante, e non potrebbesi tener conto della sua posteriore contumacia, dappoichè nelle cause sommarie la comparizione delle parti è accertata con la consegna che fanno i procuratori al cancelliere dei mandati e degli atti di dichiarazione di residenza o di dichiarazione od elezione di domicilio ai termini dell'art. 390 cod. proc. civ. Il che certamente non ha luogo quando i procuratori si presentano semplicemente alla udienza per chiedere un differimento.

« Nè vale il dire che, essendo stata la causa iscritta a ruolo dall'appellante, dovè il medesimo presentare al cancelliere gli atti della causa giusta l'art. 215 del regolamento, giacchè non è a confondere questa esibizione di atti, che vien fatta in cancelleria, con quella che occorre pel disposto del detto art. 390 proc. civ. ».

Consulta pure: 20 marzo 1891 (*Mov. Giurid.* I, pag. 45).

L'art. 489 era inapplicabile nella specie poichè il medesimo prevede l'ipotesi che l'appellante non comparisca nell'udienza fissata con l'appello, il che nel rincontro non ebbe luogo, giacchè con l'appello fu fissato l'udienza del 30 giugno 1893, e la causa dopo diversi rinvii fu introitata nell'udienza del 13 aprile 1894.

2° Con la sentenza impugnata fu erroneamente ritenuto che nei giudizî di appello non si ammette la comparsa tardiva. Ed inoltre cadde la sentenza medesima in contraddizione, perchè ritenne contumace l'appellante, mentre questi compariva e si difendeva, e la stessa sentenza invocando la massima *semel praesens semper praesens*, l'aveva ritenuto presente per aver chiesto precedentemente il rinvio della causa che non gli venne accordato.

3° Che infine la sentenza rivocò il Decreto del Presidente che aveva ammessa la comparsa tardiva senza che fosse stata chiesta una tale rivoca, e quindi giudicò *ultra petita*.

Attesochè tra i diversi mezzi del ricorso merita maggior considerazione il 2° mezzo col quale si denuncia l'impugnata sentenza per la manifesta contraddizione in cui s'involge sopra la inesatta applicazione dell'art. 489 cod. proc. civ. la di cui ipotesi rimaneva esclusa dagli stessi fatti ritenuti dai giudici del merito, ed anche dai principii di dritto che si erano in precedenza affermati.

Attesochè in vero fu dal Tribunale rilevato in fatto che nel 12 gennaio 1890, in cui fu la causa portata all'udienza dopo diversi differimenti, l'appellante Testa costituì il suo procuratore e chiese altro differimento che gli venne negato essendosi per l'oggetto elevato apposito incidente. Ora da ciò il Tribunale trasse la conseguenza che, se fu in seguito introitata la causa sulla istanza dell'appellato signor Costantino non può ritenersi che ciò avvenne in contumacia dell'appellante Testa, giacchè se avea questi costituito il suo procuratore, era egli presente in giudizio, pel noto principio *semel praesens semper praesens*.

Il che importava che, venendo dall'art. 386 cod. proc. civ., accordata la facoltà della comparsa tardiva al solo contumace, e tale non era certamente il Testa, doveva la sua comparsa tardiva dichiararsi inammissibile.

Attesochè tutto ciò è senza dubbio esatto, e quindi bene fu con la impugnata sentenza accolta la eccepita inammissibilità della detta comparsa tardiva. Ma non fu però esatto il pronunciato rigetto dell'appello senza esame per la contumacia dell'appellante, giacchè una simile pronuncia era in perfetta contraddizione con quanto il Tribunale aveva prima affermato. Quando infatti l'appellante aveva costituito il suo procuratore tanto che il Tribunale medesimo lo ritenne presente in giudizio invocando la massima *semel praesens semper praesens*, e dichiarando perciò inammissibile la comparsa tardiva,

non poteva poi ritenerlo contumace e quindi applicabile l'art. 489. È troppo chiaro il disposto di un tale articolo pel quale dee pronunziarsi il rigetto dell'appello senz'esame, quando nelle cause sommarie l'appellante non sia comparso all'udienza stabilita con la citazione o comparendo non abbia presentato la sentenza resa nel primo giudizio ed il mandato.

Nella specie era comparso il Testa, avendo costituito il suo procuratore, e non poteva perciò ritenersi contumace. Nè è poi il caso di esaminare se concorreva per avventura la seconda ipotesi prevista dall'articolo medesimo, giacchè non fu la stessa prospettata dal Tribunale, il quale si limitò ad osservare che l'appello del signor Testa doveva ritenersi introitato in contumacia onde il rigetto puro e semplice di esso, art. 489 cod. proc. civ. Epperò torna inutile la disputa circa l'applicabilità della detta seconda ipotesi per essersi il mandato esibito quando fu dal procuratore del Testa chiesto il differimento della causa, e per aver l'appellato prodotta la sentenza investita col gravame, come fu altra volta ritenuto da questo Supremo Collegio.

Attesochè stante ciò dee accogliersi il prodotto ricorso.

Attesochè venendo accolto il ricorso deve ordinarsi la restituzione del deposito e le spese possono rinviarsi al merito.

Per le quali ragioni ecc.

CASSAZIONE DI NAPOLI — *24 luglio 1897*

CIAMPA *P. P.* — ABATEMARCO *Est.*

Pinto (Avv. Vigilante) c. Bellardini (Avv. Belardini).

Avallo del marito — Autorizzazione implicita — Contrarietà d'inressi — Insussistente (art. 134, 136 cod. civ.; 274, 275 cod. comm.).

L' avallo prestato dal marito alla moglie contiene l' autorizzazione a contrarre l'obbligazione; nè v'è contraddizione d'interessi in quanto l' avallo è formola di sicurtà che offende il marito avallante non la moglie.

Clementina Pinto, con l'avallo di suo marito Filippo Romano, rilasciava un effetto cambiario di lire 254 a favore di Pasquale Belardini nel 1.° maggio 1891. Non pagato alla scadenza di tre mesi il creditore fece protesto e pegnoramento per la vendita dei mobili.

Al pegnoramento si oppose la Pinto, e chiese la sospensione della vendita che ottenne previa cauzione di lire cento dal Pretore. Ragione dell'opposizione fu che mancava l'autorizzazione del marito a quella obbligazione, ed anche quella del Tribunale per opposizione ed interessi fra il marito e la moglie.

Il Pretore rigettò l'opposizione, ed ordinò la prosecuzione degli atti esecutivi sulla considerazione che non appariva l'opposizione

d' interessi fra i coniugi, e che l'autorizzazione del marito era implicita nell' avallo prestato alla moglie. Di questa sentenza appellò la Pinto ripetendo le medesime deduzioni di prima istanza, ed aggiungendo che l'opposizione d'interessi fra marito e moglie consisteva nell'essere la cambiale servita per togliere un debito del marito residuo di somma maggiore datagli dal Belardini, ed in buona parte discontata.

E poichè il Belardini è un negoziante chiese che fosse stato ordinato a costui l'esibizione dei libri commerciali nei quali gli acconti erano annotati. In linea subordinata gli deferì il giuramento.

Il Tribunale respinse l'appello ritenendo quel che disse il Pretore sull'autorizzazione maritale. In quanto all'esibizione dei libri commerciali ed al giuramento trovò che non avessero influenza nella causa non potendo alterare lo stato delle cose.

Di questa sentenza duolsi con ricorso la Pinto affidandolo a due motivi:

Col primo sostiene che sia erroneo quanto nella sentenza fu considerato circa l'autorizzazione maritale.

Col secondo si lamenta che furono respinti i chiesti mezzi di prova.

Sugli allegati motivi il Supremo Collegio osserva:

Che non regge il primo. Ben dissero i Giudici del merito che l'avallo prestato dal marito alla moglie comprende l'autorizzazione all'obbligazione, e che esso non offende la moglie, sibbene il marito che le prestava sicurtà; onde non accade quella contraddizione d'interessi che la legge suol garentire facendo intervenire il magistrato ad autorizzare la moglie che vuole obbligarsi pel marito.

Che il secondo motivo reggerebbe se fosse stata la sentenza denunziata per difetti di motivazione.

Ma di ciò manca nel mezzo la dichiarazione e la menzione dell'articolo che si vorrebbe all'uopo violato, onde il Collegio non può attendervi. Il difetto di motivazione avrebbe dovuto essere rilevato proprio in questo che, cadendo l'eccezione della nullità dell'obbligazione della moglie anche per manco dell'autorizzazione del Tribunale i mezzi d'istruzione richiesti per dimostrare che l'obbligazione riguardava esclusivamente il marito, erano pertinenti all'uopo, ed il Tribunale non poteva cavarsela con la semplice affermazione che a nulla sarebbero approdati non alterando lo stato delle cose.

Che non potendo il ricorso essere accolto, ne consegue la condanna nelle spese e nella perdita del deposito.

Per tali motivi ecc.

Cassazione di Napoli — *24 luglio 1897*

Ciampa *P. P.* — Toraldo *Est.*

Comune di Termoli (avv. Mazziotti) c.° Campolieto (avv. G. Leone)

Comune — Rendite patrimoniali — Esazione — Privilegio
(art. 242, 243 L. 12 dicembre 1816 — 67 e 68 30 gennaio 1817).

Anche dopo la legge del 1871, sono in vita le antiche norme del 1816 e 1817 che concessero ai Comuni speciali privilegi per l' esazione di canoni fitti ed estagli di fondi patrimoniali.

Nel mese di luglio 1892 il tesoriere del Comune di Termoli spinse contro Giuseppe Campolieti coazione per la esazione di L. 5026,15, canoni enfiteutici e fitti da esso Campolieti dovuti al Comune. Non eseguito il pagamento, il tesoriere sempre a mezzo del messo comunale fece procedere a pegnoramento di una quantità di fieno, di 4 vacche, di un bue e di una biga di grano. Campolieti si oppose e dedusse la nullità degli atti per essersi proceduto con le forme privilegiate. Il Tribunale respinse codeste opposizioni.

La Corte di appello le accolse. Il Comune ricorre per Cassazione.

Ha considerato in dritto che il controricorso Campolieti deduce la inammissibilità del ricorso del Comune, sostenendo che la sentenza denunciata era stata dal Comune medesimo accettata con le due deliberazioni consiliari del 7 novembre 1895 e 3 maggio 1896, approvate dall'autorità tutoria. Con le due ricordate deliberazioni il Consiglio comunale manifestò il parere di essere opportuno di troncare la lite mercè un bonario componimento, le cui pratiche, allora iniziate, in seguito fallirono. In tutto questo non è dato ravvisare quella accettazione della sentenza, che rende per legge inammissibile il ricorso. Espressamente la sentenza medesima non fu accettata, per l'accettazione tacita manca il fatto da cui desumerla.

Che la denunziata sentenza in tanto accolse le opposizioni di Campolieti, annullando gli atti opposti, in quanto ritenne che per la riscossione dei crediti dei comuni risultanti da estagli e da canoni i comuni stessi non possono per le vecchie e per le nuove discipline avvalersi del procedimento privilegiato, stabilito unicamente per la esazione delle imposte. Questo è l'errore che la travaglia.

La legge speciale del 1871 mentre concesse ai comuni i privilegi fiscali per la riscossione delle imposte, non si occupò nè punto nè poco della esazione delle rendite patrimoniali dei comuni stessi, lasciando così in vita le precedenti discipline del 1816 e 1817. Ora coteste leggi concedono ai Comuni la procedura privilegiata non solo per la riscossione delle imposte, ma anche per quella delle rendite provvenienti fra l'altro da canoni, estagli e pigioni,

Gli articoli 242 e 243 della legge del 12 dicembre 1816 rendono chiaro cotesto concetto, ribadito in seguito dagli articoli 67 e 68 dell' altra legge del 30 gennaio 1817, i quali dichiarono « che il primo « atto di procedura per lo ricupero degli estagli, pigioni e canoni « sarà un mandato di coazione rilasciato dal ricevitore » mandato di coazione che equivale al precetto. Ritenendo quindi il contrario, e confondendo i crediti dei comuni derivanti da canoni, fitti ed estagli arretrati con quelli che loro spettino per titoli diversi dagli enumerati nelle leggi speciali testè ricordate, pei quali crediti, il procedimento privilegiato non è concesso, la sentenza violò le ricordate disposizioni legislative e va per questo annullata.

Che accogliendosi il ricorso, il deposito va restituito ed i provvedimenti sulle spese vanno rinviate insieme al merito.

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI NAPOLI — *24 luglio 1897*

CIAMPA *PP.* — SALVATI *Est.*

Sallustro (avv. Orlando) c.° Romano (avv. de Roberto)

Muro divisorio — Proprietà esclusiva — Segni legali — Facoltà di edificare — Distanza (art. 546, 547, 571 Cod. Civ:).

a) *Quando non esistono i segni del piovente e degli sporti, di che nell'art. 547 Cod. Civ. per dichiararsi esclusiva la proprietà di un muro divisionale, questo deve ritenersi comune per la presunzione indicata nell'art. 546 senza che possano ammettersi equipollenti.*

b) *Nell' esistenza di un muro divisorio comune, volendosi da uno dei proprietarii fabbricare sul suo fondo, deve allontanarsi di un metro e mezzo dalla linea di confine, non potendosi considerare il muro come fabbrica a' sensi dell'art. 571.*

Attesochè basta il solo accenno della quistione per stigmatizzare d'anatema la tesi che dal ricorrente Sallustro, vorrebbesi sostenere. Quistionavasi di sapersi se un muro che divideva il giardino Sallustro dal giardino di Romano, fosse di esclusiva proprietà del Sallustro come egli assumeva, o veramente comune col Romano. Il giudice di merito non riscontrando dalla perizia eseguita i segni della proprietà esclusiva del piovente e degli sporti, giusta la disposizione degli articoli 546 e 547 lo dichiarava comune.

Ebbene vorrebbe il ricorrente che non si fosse la Corte occupata dello esame degli altri segni di esclusiva proprietà sua del muro in quistione, come quelli di esser coevo di costruzione ad altri muri, avere incastrati alla sommità schegge di vetro come altrove nel suo giardino e via discorrendo, e assume che per questi segni face-

cevasi palese esser di sua proprietà il muro, e censura pure la Corte per non avere ammessa la pruova testimoniale da lui invocata per provare la proprietà.

Attesochè per la non dubbia disposizione dell'art. 546 ogni muro divisionale se non vi sia titolo contrario è per presunzione di legge comune tra i due proprietarî dei fondi dal muro divisi. L'art. 547 fa eccezione a questa regola quando cioè è sicuro i segni permanenti del piovente e degli sporti con prevalenza sempre del piovente. Or se questa disposizione è legge eccezionale è dessa di ristrettiva interpetrazione, epperò quei segni dimostrativi della proprietà indicati dalla legge sono *taxationis causa* non *indicationis causa* richiesti. Erroneamente dunque il ricorrente vorrebbe ad altri segni indicativi fare appello.

Attesochè i segni di proprietà in discorso sono ancor essi presunzione legale, epperò non possono surrogarsi ad essi altri, perocchè alle presunzioni della legge non possono surrogarsi le presunzioni dell'uomo, senza incorrere nello inconveniente del vago dello arbitrario. Ed appunto ad ovviare a siffatti arbitrî soccorre la disposizione di legge che restringe in limitati cancelli la presunzione, altrimenti sarebbe un altro suo processo legislativo, riducendosi ad un consiglio dottrinario savio com'è, e come deve essere la legge, che debbe avere la finalità di dirimere gli arbitrî; *optima lex est quae minimum arbitrio judicis relinquit.*

Attesochè invano si arrovella il ricorrente nel sostenere che si riscontravano il piovente nel piano inclinato, lo sporto nella forma semicircolare dalla parte del suo giardino, quante fiate la Corte, seguendo il perito ritenne che la sommità del muro era a bauletto, e quanto alla forma semicircolare non è desso lo sporto ai sensi di legge, e ciò non ostante la Corte osservò che dessa accennava a qualche edicola, così come eravi somiglievole accenno dalla parte di Romano; non è dato insorgere contro il giudizio di fatto e il convincimento del giudice del merito.

Attesochè bene il giudice del merito respinse la chiesta pruova testimoniale non essendo permesso pruovare con testimoni la proprietà contrariamente alla legge che presume la comunione. La proprietà si prova col titolo o col possesso.

Nei muri divisorî, se manca il titolo la comunione è per legge; ed il possesso sta solo in quei tali segni del piovente e degli sporti, e se essi mancano, è deficiente il titolo ed il possesso, e non è ammessibile alcuna pruova testimoniale in fatto di dominio. E d'altronde la Corte escluse la chiesta pruova pel *frustra probatur quod probatum non relevat,* cioè che anche provando essere stato da più di un secolo costruito il muro dagli antenati di esso ricorrente, avrebbe potuto costruirlo a spese dei comuni, e per ciò senza i segni di leg-

ge. Ed è questo un ragionamento in fatto, un convincimento che sfugge alla censura del Collegio Supremo.

Attesochè nell'art. 570 cod. civ. è prescritto « chi vuol fabbri-
« care una casa, od un muro anche solo di cinta, può farlo sul con-
« fine della sua proprietà, salvo sempre al vicino la facoltà di ren-
« dere il muro comune. » E nello art. 571 è precettato. « Quando
« anche non si fabbrichi nel confine se non si lascia la distanza al-
« meno di un metro e mezzo, il vicino può chiedere la comunione
« del muro e fabbricare sin contro il medesimo pagando oltre il va-
« lore della metà del muro, il valore del suolo che verrebbe da lui
« occupato, salvo che il proprietario del suolo preferisca di estendere
« il *suo edifizio* sino al confine.

« Non volendo il vicino profittare di tale facoltà deve fabbricare
« in modo che vi sia la distanza di tre metri dal muro dell'altro ».

In queste due disposizioni legislative, nuove nel Codice Italiano, si provvede ad un principio di ragion pubblica inducendo una limitazione alla libertà di disporre in modo assoluto della cosa propria. Vuole la legge nella sua sintesi che tra due case di abitazione sia la distanza almeno di tre metri, e ciò per evitare contatti troppo immediati tra le abitazioni che potrebbero conturbare l'interno delle famiglie, la pace dei loro domestici; ed ancora per rendere meno oscuro l'interno delle abitazioni, ed avere una maggiore circolazione dell'aria per la pubblica igiene. Epperò vuole che chi fabbrichi il primo debba farlo alla distanza dal confine di un metro e mezzo, sacrificando così un metro e mezzo della sua proprietà al bene comune, e l'altro che fabbricasse dopo deve ancora egli lasciar del suo un metro e mezzo da completare i tre metri. Che se il primo ad edificare fabbrichi sul confine o alla distanza minore di un metro e mezzo, patir deve in pena che oltre di non potere aprire alcuna luce o finestra nel suo edificio, possa il vicino, volendo costruire, addossare le sue nuove fabbriche al di lui edificio pagandogli la metà del muro e il valore del suolo che occupa.

Che se il vicino di tal facoltà non voglia profittare, si allontanerà di tre metri dalla fabbrica del primo, e la conseguenza è che se sacrifica maggiore estensione del suolo suo egli potrà aprire luci e finestre nel suo nuovo edificio, mentre l'altro nol può, incontrando il divieto di legge per l'art. 587 non trovando la distanza del metro e mezzo dal fondo del vicino.

Questa regola, questo principio va applicato sia che i due fondi siano confinanti con linea aperta, sia che intercedesse una separazione di siepe, fossata o anche muro divisorio comune. In siffatti casi il confine vien precisato dalla linea mediana della siepe fossata o muro comune.

Fu ragione di dubitare e scuola e giureprudenza e risponsi an-

che di magistrato supremo non mancano, se potesse la regola applicarsi quando tra i due fondi esistesse un muro comune e molto più quando fosse di proprietà del limitrofo a colui che pel primo vuole edificare. Si è detto che nell'art. 570 si parla di facoltà di edificare sul confine una casa o un muro di cinta, dunque tanto vale casa che un muro di cinta; e quando nell'art. 571 si dà la facoltà al vicino o di chiedere la comproprietà o di allontanarsi di tre metri, sia chiara la parola della legge che tanto valga la casa quanto un muro di cinta ed esistendo per ciò un muro di cinta debba allontanarsi di tre metri molto più quando questo muro sia di proprietà in tutto dell' altro.

È da premettere che tanto vale per le conseguenze di legge se il muro divisionale sia tutto del limitrofo a colui che vuol fabbricare quanto se sia comune, potendosi sempre acquistare la comunione. Nella fattispecie era già comune.

Esaminando però la tesi nei suoi principii, il muro divisionale non è la casa, ma è desso il confine dei due fondi, e se l' art. 570 dice o *anche un muro solo di cinta*, e lo ha congiunto alla *casa*, lo è per affermare il diritto illimitato di fabbricare sul confine, cioè sul suo suolo al confine. Ma quando, nell' art. 571, parla di distanza dal confine intende parlare di casa, di fatti è detto che se non fabbrica alla distanza di un metro dal confine, può il vicino pagando il valore del suolo, fabbricare sin contro il medesimo, salvo che costui preferisca estendere il *suo edifizio* sino al confine.

Dunque nella mente del legislatore erano edifizio contro edifizio, non già muro divisionale che non è se non separazione di fondi così come la siepe, il fossato.

Che se nella esistenza di un muro divisionale comune, dovesse il proprietario primo a costruire una casa allontanarsi di tre metri sol per la esistenza di questo muro, dovrebbe poi l'altro allontanarsi alla sua volta di tre metri ancora, e allora ci sarebbe una distanza di 6 metri, che non è voluta dalla legge, che ne richiede 3.

E siffatti principii trovano riscontro nella disposizione dell' art. 587 in dove è detto che non possono aprirsi finestre alla distanza minore di un metro e mezzo dal fondo *chiuso o non chiuso* del vicino, e come si potrebbero aprire queste finestre senza potere edificare alla distanza di un metro e mezzo dal fondo del vicino che abbia un muro di chiusa? La legge ha dato questa facoltà appunto in previsione dell' art. 571 interpetrato nel senso come sopra, val dire che avendo lasciata la distanza di un metro e mezzo dal fondo del vicino, può aprir vedute senza incontrare gl' inconvenienti ai quali quella disposizione di legge intende ovviare, dal perché se costui vuole edificare deve lasciare del suo altro metro e mezzo a completamento dei tre metri voluti o creduti sufficienti per la igiene e tranquillità domestica. La disposizione dell' art. 571 lumeggiata dall' art. 587 ed armo-

nizzata con essa non può ricevere altra qualsiasi interpetrazione che quella surriferita. Ed è regola di giureprudenza che le leggi si debbano interpetrare nella loro economia generale, armonizzandole tra loro da avere un tutto logico e scientifico. *Leges legibus interpetrantur.*

Ed in tesi opposta non sa comprendersi a quali strane conseguenze si andrebbe incontro, imperocchè se si fabbricasse a distanza di un metro e mezzo dal confine, potrà dirsi che sol per la esistenza di un muretto divisionale si abbia dritto dal vicino a chiedere la demolizione quando che la legge nell'art. 587 permette ancora l'apertura di finestre? demolizione che sarebbe un eccesso non preveduto neppure dalla legge non che prescritto, e non possono distruggersi valori creati senza una precisa e determinata disposizione di legge.

E se il vicino non ha dritto a chiedere la demolizione, non può neppure obbligare l'altro nella costruzione ad allontanarsi di tre metri. Egli invece non potrà più costruire sul confine neppure a muro cieco, non potendo offendere le luci dell'altro, ma deve allontanarsi di un metro e mezzo.

Attesochè è puerile l'argomentazione in contrario che non volendo la legge intercapedini minori di tre metri nella esistenza di un muro comune allontanandosi ciascuno dei proprietarii di un metro e mezzo invece d'impedire una intercapedine se ne costituirebbero due. Non entrarono in mente al legislatore le intercapedini, ma le distanze tra le abitazioni di edifizii. Che nello spazio interstiziale resti pure quel muretto, quella siepe, quella fossata, (che potrebbero pure di accordo pel bene comune distruggere i proprietari pel vantaggio delle abitazioni sottane) non distruggesi però la finalità delle leggi di avere tra i due edifizi la distanza dei tre metri. Quello spazio interstiziale non è una strada pubblica, ma è sito privato, e non è necessità distruggere quel muretto di qualche metro e più. Ed è più plateale il dire che potrebbero quelle intercapedini diventare immondezza e covi di ladri. La legge non può penetrare negli ambienti privati, e sono i regolamenti municipali che li regolamentano, e che i proprietarii possono obbligarsi alla pulizia e decenza, e potrebbe ovviarsi a tali inconvenienti con una chiusura a cancello.

Il muro di confine non è casa, la distanza dei tre metri è richiesta tra casa e casa, e non è paragonabile un muro di cinta a un muro di confine e una casa è sufficiente la distanza di un metro e mezzo per impedire che il vicino domandi la comunione del muro e lo acquisto del suolo, e per obbligarlo, qualora voglia costruire, ad allontanarsi di un metro e mezzo sul suo suolo e dal confine, in tal modo le condizioni si pareggiano, la giustizia si compie.

Attesochè, risoluta in tal modo la precedente quistione deve il

ricorso Sallustro essere rigettato, comunque il giudice di merito per ragionamanto diverso avesse decisa la causa. Il Romano aveva costruito un edificio alla distanza di un metro e mezzo dal confine, ed il Sallustro iniziò le sue fabbriche sul confine al ridosso del muro divisionale. Il Romano sosteneva doversi allontanare da quel muretto di un metro e mezzo, ossia tre metri dalle sue fabbriche solo per quanto avesse superato l'altezza del muro divisionale. Il Sallustro sosteneva che trovandosi costruito quel muro doveva il Romano allontanarsi di tre metri, e non essendosene allontanato potesse costruire sul confine. Il giudice del merito ritenne che il Sallustro non domandava la demolizione delle fabbriche di Romano, egli però poteva costruire sul confine da non oltrepassare il muro divisionale. Il Sallustro ricorre perchè doveva essere autorizzato a proseguire le fabbriche anche per l'altezza maggiore del muro divisionale. Ma se egli per legge aveva l'obbligo d'allontanarsi dalla linea di confine di un metro e mezzo, non può dolersi della decisione della Corte di merito. Duolsi perchè la Corte non abbia tenuto conto di una sua domanda di estendere le sue fabbriche sino al muro del casamento Romano; ma se il Romano aveva legittimamente edificato serbando la distanza di un metro e mezzo la sua domanda era contraria alla legge. Duolsi infine che le finestre del Romano non erano alla distanza di un metro e mezzo dal confine. Ma il confine fu precisato dal giudice del fatto per un minimo di un metro e cinquanta sino a un metro e 67 di massima distanza dalle fabbriche Romano, ed è questo un giudizio di fatto incensurabile in Cassazione. Se non che il ricorrente Sallustro lo censura per una veduta di dritto, ma erronea.

Egli dice che doveva misurarsi dalla faccia esterna del muro divisionale, invece la Corte con maggiore criterio legale ritenne che doveva essere misurata la distanza dalla linea mediana del muro divisionale ed è logico, perchè essendo comune il muro esso fu edificato metà sul suolo dell'uno, metà sul suolo dell'altro, epperò il confine dei due fondi è la linea mediana del muro.

Va di conseguenza respinto il ricorso Sallustro, e quanto al ricorso Romano essendo condizionato all'ammissione del ricorso Sallustro resta ultronea la disamina di esso, comunque per la risoluzione data alla seconda quistione avrebbe meritato lo accoglimento. Ma avendolo prodotto condizionatamente, vuol dire che si accontenta della decisione erciscunda del Giudice di merito, e la Cassazione non si crede autorizzata a pronunziare un annullamento.

Attesochè va di conseguenza condannato il Sallustro alle spese del giudizio e alla perdita del deposito, e al Romano va il deposito suo restituito.

Per tali motivi ecc.

Corte d' Appello di Napoli — *12 maggio 1897*

Nunziante *PP.* — Conti *Est.*

Scaramella c.º Ditta Trezza

Appello — Sentenza di danni in seconde cure su sentenza pretoriale penale — Inammessibilità (art. 570, 571 Cod. Proc. Pen).

È inammessibile l'appello avverso sentenza del Tribunale che liquidò i danni interessi a seguito di giudizio penale nel quale il tribunale avera provveduto in appello da sentenza del Pretore.

Attesochè il Tribunale di Salerno con sentenza del 19 maggio 1892, in riforma della sentenza del Pretore di quella città che avea assoluto, dichiarò il negoziante di farina Domenico Scaramella, ed il suo commesso Francesco Pironti colpevoli di contravvenzione alla legge sul dazio consumo, e li condannò alla multa, alle spese, ed al ristoro dei danni-interessi verso la Ditta Trezza, costituitasi parte civile. La Ditta Trezza per la liquidazione dei danni adì prima il Pretore, ma sulla eccezione dei convenuti, quel magistrato dichiarò la propria incompetenza. La Ditta adì allora il Tribunale e Scaramella istituì domanda riconvenzionale, con la quale affermando che la condanna penale era stata conseguita dall'arbitrario spostamento della linea daziaria chiese essere indennizzato.

Il Tribunale con sentenza del dì 8 maggio 1896, dichiarò inammissibile la riconvenzionale, e liquidò i danni in L. 1160:95; condannò Scaramella e Pironti al pagamento di tale somma una agl' interessi e spese.

Avverso questa sentenza essi Scaramella e Pironti hanno prodotto appello, col quale si dolgono che la riconvenzionale sia stata respinta, e dicono che la liquidazione sia eccessiva. La Ditta Trezza eccepisce la inammissibilità del gravame, avendo il Tribunale pronunziato in secondo grado di giurisdizione.

Attesochè il codice di procedura penale, che è quello che regola la liquidazione dei danni derivanti da reato prevede due ipotesi negli articoli 571 e 575, quando cioè il danneggiato si costituisce parte civile, e quando il medesimo non sia intervenuto come parte civile nel procedimento. In questa seconda ipotesi il danneggiato deve adire il magistrato competente per la liquidazione seguendo le norme ordinarie di competenza. Ma nella prima ipotesi egli deve adire la sezione civile della Corte o del Tribunale, ovvero il Pretore che pronunziarono la sentenza.

È quest'ultima una competenza eccezionale, che è successiva della competenza penale, e poichè la competenza penale del Tribunale fu spiegata in secondo grado di giurisdizione, la sezione civile

del Tribunale, che pronunziò la condanna, provvide come magistrato d'appello: e la sua sentenza è inappellabile.

Attesochè la competenza non è che l'attuazione della giurisdizione, ed eccitata la giurisdizione del magistrato di appello, non è concepibile una giurisdizione superiore. Altronde una diversa interpetrazione delle mentovate disposizioni porterebbe all'assurda conseguenza, che quando la sentenza penale è pronunziata dalla Corte d'appello o dalla Corte d'Assise la sentenza di liquidazione dei danni sia inappellabile, e quando è pronunziata dal Tribunale, che pure provvede come giudice di appello, sia appellabile, mentre le norme di competenza e di giurisdizione sono invariabili, nell'art. 571 non si diversifica il caso nel quale abbia pronunziato la Corte da quello nel quale abbia pronunziato il Tribunale, e non può il magistrato distinguere dove il legislatore non distingue.

Attesochè a siffatte ragioni può aggiungersi che la Ditta Trezza adì il Pretore per la liquidazione dei danni, e Scaramella ne eccepì la incompetenza affermando che competente a giudicare era il Tribunale che avea pronunziato in grado di appello la sentenza di condanna penale.

Il Pretore accolse siffatta eccezione, e si é stabilito il giudicato sulla competenza. Or se lo stesso appellante riconobbe che dovesse il Tribunale provvedere sulla liquidazione, non può egli disconoscere il fatto proprio ed il giudicato, pel quale il Tribunale fu adito come giudice di appello e non come giudice di prima istanza. L'avere il Tribunale munito la sentenza di clausola non muta l'indole del giudizio, che è quella di accessorio del giudizio penale, dovendosi guardare alla essenza dei provvedimenti, e non alle sue modalità, ed *utile per inutile non vitiatur*.

Il gravame adunque è inammissibile.

Attesochè le spese seguono la soccumbenza.

La Corte ecc.

Corte d'Appello di Napoli — *21 luglio 1897*

Nunziante *P. P.* — Bianco *Est.*

Ferrigno c.° Tancredi

Supposizione di parto — Prova — Disconoscimento di atto di nascita — Ammissibile — Prova di paternità naturale — Difetto di riconoscimento — Inammessibilità (art. 172, 189 C. C.).

a) *È consentita dalla legge la pruova della filiazione anche per testimoni quando si tratti di supposizione di parto che costituisce un reato.*

b) *Il figlio può disconoscere uno stato falsamente attribuitogli coll'atto*

di nascita, ma non può provare una paternità naturale in difetto di diretto e solenne atto di riconoscimento.

La Corte ha considerato, che morta in Napoli, ai 4 novembre 1894, senza figli ed *ab intestato*, la signora Adelina Lamberti, risultante dagli atti dello stato civile figlia di Gennaro ed Amalia Cuomo, i signori Antonio, Pasquale e Giuseppe Ferrigno che si dissero fratelli uterini di lei, citarono il signor Eduardo Tancredi, vedovo di essa Adelina Lamberti, dinanzi il Tribunale di Napoli, per sentir dichiarare aperta *ab intestato* la successione di lei, attribuendone a norma di legge due terze parti ad essi Ferrigno, ed una terza parte al coniuge superstite, sig. Tancredi , ed emettere tutti gli altri provvedimenti relativi alla divisione.

Il Tancredi, a sua volta, contestando lo stato della Adelina di figlia legittima di Gennaro Lamberti ed Amalia Cuomo, per aver avuto invece, fin dalla sua nascita, il possesso di stato di figlia di Domenico Goione e di Teresa Ferraioli, domandava il rigetto della istanza dei Ferrigno, ed, in linea subordinata, di essere autorizzato a provare per testimoni il suo assunto. Il tribunale. con sentenza degli 8-13 maggio 1896, dando adito all'azione, autorizzò il Tancredi alla invocata prova per testimoni. Contro codesta sentenza, han prodotto appellazione i signori Ferrigno, deducendo: che il Tribunale avrebbe ammesso la prova testimoniale sopra fatti nè dedotti nè articolati dal Tancredi, e statuito su di una contestazione giudiziale diversa da quella che scaturiva dalle opposte deduzioni delle parti, discutendosi in esse di supposizione di parto, e non di possesso di stato di figlia naturale; che il Tancredi era carente di diritto, avendo riconosciuto nella moglie la qualità di figlia legittima dei coniugi Lamberti, che ad essi appellanti ben competerebbe, ove mai lo assunto del Tancredi venisse dimostrato, il diritto di eccepire, per errore di persona, la inesistenza del matrimonio tra l'Adelina ed il Tancredi, dalla esistenza di esso derivando in quest'ultimo la qualità di avente diritto, che alla domanda del Tancredi si opporrebbe la disposizione dell'art. 178 cod. civ.; che infine, pure ammessa la supposizione di uno dei due parti dichiarati dal Lamberti all'ufficio dello Stato civile, non sarebbe giuridico il ritenere, che debba essa riferirsi all'Adelina anzichè alla Rosa Lamberti. Avverso la stessa sentenza ha prodotto appello incidentale il Tancredi, deducendo la piena efficacia della prova scritta esibita e la inutilità della prova testimoniale ordinata dal Tribunale;

Che, indubbiamente, l'azione promossa dal Tancredi davanti la Corte è la medesima da lui proposta in prima istanza, con la comparsa del dì 23 marzo 1896, e che il Tribunale, a giusto titolo, ritenne azione di contestazione dello stato legittimo di Adelina Lamberti che non avrebbe avuto il possesso di esso conforme al suo atto di nascita concesso dall'art. 174 c. c., imperocchè il Tancredi mai ha inteso di

reclamare per la defunta sua moglie Adelina un possesso di stato di figlia naturale, ma solo di contestare la filiazione che l'atto di nascita le attribuisce.

Cosi messa la quistione, svanisce la inammessibilità dell'azione tratta dall'art. 173 cod. civ. che nella uniformità dei due elementi di fatto proclama la intangibilità dello stato legittimo. Ed appare non confortata da salde argomentazioni quel che, in nome del divieto delle indagini sulla paternità, si viene deducendo contro l'ammessibilità dell'azione, perocchè non il reclamare la paternità vera è il fine di essa, ma il negare la maternità attribuita all'Adelina Lamberti, *actio de maternitate neganda*. Il possesso di stato è un *quid facti* che ha funzioni positive e negative, in quanto attesta i rapporti filiali verso il vero padre, ed esclude il trattamento di figlia legittima di coloro che appariscono nell'atto di nascita. Nella specie basta la funzione negativa, la esclusione cioè della uniformità del possesso di stato, non l'atto di nascita per poter rendere ammessibile la contestazione di stato.

Che gli appellanti Ferrigno si argomentano di combattere questi concetti affermando che il possesso di stato della Adelina dovesse determinarsi in base agli atti pubblici ed alle scritture private esibite come l'atto di matrimonio della Adelina, la costituzione di rendita e le disposizioni testamentarie a suo favore, dai quali documenti esso risulterebbe conforme all'atto di nascita, e non sarebbe possibile, quindi pel tassativo disposto dell'art. 173 c. c., muovere alcuna controversia sopra lo stato legittimo della Lamberti. Ma essi non avvertono che tali atti pubblici e privati, benchè capaci di effetti giuridici, non poteano non rogarsi che nella forma in cui il nome di Adelina Lamberti era necessario nel fine di stabilirne la identità. Codesti titoli per se soli non bastano a costituire il possesso di stato i cui elementi sono dottrinalmente indicati nell'art. 172 cod. civ. e che deve risultare da una serie di fatti, che nel loro complesso, valgono a dimostrare le relazioni di filiazione e di parentela tra un individuo e la famiglia cui si vuol appartenere.

Ad essi quindi che rappresentano il fatto dell'assunzione del cognome Lamberti, non può essere attribuita alcuna efficacia di fronte a tutto quel complesso di circostanze risultante dalle lettere di Domenico e di tutti di famiglia Goione, esibite dal Tancredi, le quali si riferiscono appunto ad uno stato di fatto, che non poteva in alcun modo risultare nei sopra citati atti esibiti dai Ferrigno,

Che inoltre l'ammessibilità dell'azione prodotta dal Tancredi trova il suo fondamento nello stesso art. 174, che consente la prova per testimoni della filiazione quando si tratta di supposizione o sostituzione di parto, ancorchè vi sia un atto di nascita conforme al possesso, nella evidenza dei fatti cioè che hanno l'impronta di reati.

E nella specie si tratta appunto di supposizione di parto, essendosi attribuito come appare dagli atti di nascita di Adelina e Rosa Lamberti un parto ad Amalia Cuomo, che, seguendo le più costanti leggi fisiologiche essa non avrebbe potuto avere.

Che è ancor meno efficace un'altra ragione d'inammessibilità tratta dalla inoppugnabilità dell'atto di nascita fuori della querela di falso, perciocchè per l'art. 363 cod. civ. gli atti dello stato civile fanno prova, fino a querela di falso di quel che l'ufficiale di stato attesta avvenuto alla sua presenza. Le dichiarazioni dei comparenti fanno fede fino a pruova contraria, le quali come quelle che attestano il rapporto di filiazione materna, e contro le quali sarebbero dirette le impugnative del Tancredi.

Che le due ultime ragioni della inammessibilità, parve nella indole del reclamo di stato esclusivamente personale, e nella annullabilità del matrimonio del Tancredi, esclusa che fosse l'apparente filiazione di Adelina Lamberti, non hanno valore alcuno di diritto. Non la prima perchè quella natura personale del reclamo è proclamata dalla legge, negli art. 177 e 178 cod. civ. pel reclamo di stato legittimo. Non la seconda perchè causa di nullità del matrimonio per errore non è l'errore sulla qualità, bensì quello sulla identità della persona, che non è nei fini dell'azione del Tancredi, e perchè, per l'art. 105 cod. civ. tale nullità può solo essere promossa da quello degli sposi che fu indotto in errore.

Che aperto l'adito all'azione del Tancredi, è necessità venirne esaminando gli elementi probatorii. Il principale è riposto nella impossibilità fisiologica e legale che entrambe le bambine denunziate nel 14 febbraio e 29 luglio 1851, come nate da Amalia Cuomo e Gennaro Lamberti sieno figlie dei detti coniugi, e nella conseguente necessità che una delle due non fosse stata la vera figliuola. Della forza della quale legge fisiologica della gestazione per bambine nate vive e vitali, non è lecito fare ampia dimostrazione, bastando annunziarla. Seguono poi tutti gli altri elementi a dimostrazione che l'Adelina non sia stata la vera, che su di essa avvenne la supposizione di parto, che non sia mai entrata nella famiglia di Gennaro Lamberti, che insin dai primissimi anni di sua vita, fu riconosciuta trattata e mantenuta come figliuola naturale di Domenico Gaione. Son questi elementi rappresentati da presunzioni tratte dagli stessi atti di nascita di Adelina e Rosa Lamberti, dalle lettere di Domenico Gaione alla figliuola Adelina, da quelle degli zii Filippo e Camillo Gaione, dalle altre dell'avv. Dentice Accadia, e dal padre Alfonso Guglielmi, dalle quali tutto traspare il costante possesso di stato serbato nella famiglia Gaione, e da tutti riconosciuto, ai quali elementi porgono forza non lieve la dichiarazione del Camillo Gaione

del 14 febbraio 1896, e i testamenti di lui stesso e del fratello Domenico.

Nè è a dirsi, che di codesti elementi, che costituiscono quei principii di prova scritta, non si possa tener conto, opponendovisi l'articolo 189 cod. civ.

Ed invero, l'azione concessa dall'art. 174 cod. civ. autorizza il figlio a disconoscere uno stato falsamente attribuitogli dall'atto di nascita e dal possesso di stato conforme, non ad acquistare un nuovo stato dipendente da filiazione naturale, cosa, quest'ultima, non concessa dalla legge, allo scopo di impedire che con le norme relative alla filiazione legittima fosse possibile rintracciare la paternità naturale. Ma l'obbietto e il fine della presente istanza, è stato già avvertito, è ben altro; non intende esso a stabilire rapporti di paternità naturale, mancando un atto di formale riconoscimento, ma a scrollare una paternità e maternità legittima, che non si trova nelle rigorose condizioni di legge. E le disposizioni degli articoli 193, 198, 196, 180 cod. civ. stan li a comprova, che gli elementi probatorii di una filiazione, della quale non fosse ammissibile la prova, possono essere tenuti presenti per tutt'altro fine precostituito dell'azione.

Che, essendo le azioni di stato di ordine pubblico, perchè relativo a qualità essenziali della persona, e non essendo, conseguentemente, capaci di rinunzia o di transazione, non vale il dire che il Tancredi sia carente di diritto, per aver in più atti riconosciuta l'Adelina qual figlia di Gennaro Lamberti.

Che, se il Tribunale ha creduto di restringere l'obbietto su cui cader debba la pruova testimoniale, non può perciò dirsi ch'esso abbia ammessa la pruova sopra fatti nè dedotti nè articolati;

Che, quantunque non sia a ritenersi, che nell'azione di contestazione di stato, il legislatore abbia voluto, che in ogni caso, la pruova scritta e le presunzioni debban corroborarsi con la prova orale; non avendo l'art. 174 cod. civ. derogato dai principii generali moderatori dell'istituto probatorio; pure nella specie la pruova scritta non appare tale che il magistrato possa, con sicura coscienza emettere il suo pronunciato. Sicchè reputa la Corte opportuno e prudente consiglio, così come ha fatto il Tribunale, che si avvalorino, mercè la prova per testimoni, quei principii di prova scritta, e quelle presunzioni che son comprese negli elementi ora forniti.

Che i provvedimenti sulle spese di appello è opportuno rinviarle ai primi giudici.

Per tali motivi ecc.

CORTE D'APPELLO DI NAPOLI — *27 luglio 1897.*

NUNZIANTE *Pres.* — PETRUCCELLI *Est.*

Società Industriale di Torino c.° Occhetti

Società in accomandita — Varie specie di Società — Obblighi rispettivi — Giudicato — Influenza — Giuramento decisorio — Contro giudicati—Inammessibile (art. 117 e seg. C. di Comm.).

A) *I soci accomandanti sono tenuti nei limiti della quota non versata a rispondere delle conseguenze di un giudicato, che i creditori abbiano ottenuto contro il socio accomandatario.*

B) *È inammessibile la richiesta di giuramento decisorio contro il fatto ritenuto da un giudicato emesso nel corso della lite.*

La Corte ha ritenuto in fatto che, con istrumento del 17 settembre 1892 per Notar Alfonso Beltrani, si costituì una Società in accomandita semplice tra Carlo Enrietti ed i germani Francesco e Vittorio Occhetti per l'esercizio dei Magazzini generali in Portici, sotto la ragione sociale—Enrietti e C.i della quale società essi Occhetti erano socii accomandanti e Carlo Enrietti socio gerente o accomandatario.

I locali in cui avrebbe dovuto esercitarsi quell' azienda, erano di proprietà della Società Industriale di Torino: onde occorreva procedere al contratto di locazione dei locali medesimi.

A tal riguardo nel contratto sociale tra gli Occhetti e l' Enrietti si statuì con l'art. 3°: « La durata della Società è per lo stesso tempo « che sarà stipulato il contratto di locazione con la Società Indu- « striale.

Conviene altresì notare segnatamente che agli articoli 4, 5, 12, 13 e 14 del detto rogito del 17 settembre 1892, si determinarono le speciali condizioni della società in accomandita nei seguenti modi:

« Art. 4.° — Il capitale Sociale è rappresentato da 50 mila lire, « che i costituiti signori Francesco e Vittorio Occhetti verseranno in « parti eguali al socio signor Enrietti Carlo che è il rappresentante, « con la responsabilità illimitata, secondo che lo richieda l'andamento « ed il bisogno della speculazione, e che sia verificata dai costituiti « signori Vittorio e Francesco Occhetti essere necessario tale versa- « mento.

« Art. 5°—In niun caso i socii signori Francesco e Vittorio Oc- « chetti potranno essere responsabili al di là della loro rata di capi- « tale, dichiarandosi espressamente che essi signori Francesco e Vit- « torio Occhetti intervengono nel presente stipulato nella qualità di « socii accomandanti, restando la responsabilità illimitata al socio « Enrietti.

« Art. 9° — Alla fine di dicembre di ciascun anno si farà un bi-
« lancio generale firmato da tutti i socii per rilevarne i profitti ot-
« tenuti, oppure le perdite subite durante l'anno in corso.

« Art. 12° — Qualora nei primi due anni di gestione non si con-
« seguisse alcun' utile netto, sarà risoluto di diritto e di fatto il pre-
« sente contratto e così pei biennii posteriori.

« Art. 13° — In caso di morte... di uno dei socii, la società sarà
« sciolta; ma poichè col contratto con la Società Industriale si andrà
« a convenire, che la gestione si concede per due anni forzosi, pro-
« rogabili in seguito da due anni in due anni, se la morte di uno
« dei socii avverrà nei primi due anni, o nei successivi biennii, la
« Società proseguirà per il biennio in corso, indi sarà proceduto alla
« liquidazione.

« Art. 14° — Per qualunque contestazione, sia nel corso della So-
« cietà che nel tempo della sua liquidazione, le costituite parti com-
« promettono che tutte le contestazioni siano risolute da un arbitro
« che essi nomineranno di accordo, ed in caso di disaccordo l' arbitro
« sarà nominato dal Presidente del Tribunale Civile di Napoli ecc. ».

Risulta poi da altro istrumento stipulato nel cennato giorno 17 settembre 1892, per lo stesso Notaio Beltrani che Carlo Enrietti nella qualità di socio accomandatario e rappresentante la Società in accomandita semplice, sotto il nome di Enrietti e C.i conchiuse con la suindicata Società Industriale la locazione dei magazzini siti in Portici al luogo detto Granatello, di proprietà della medesima Società Industriale, per l'annua pigione di lire 1000, stabilendo così agli articoli 2, 3 e 4 del mentovato rogito:

« Art. 2° — La durata dell' affitto è per anni 8, che s' intendono
« incominciati dal giorno in cui il costituito Enrietti Carlo, sempre
« nella citata sua qualità, avrà avuto dal Governo la concessione
« come magazzini generali.

« Art. 3° — La locazione sarà forzosa pei primi due anni, dopo il
« quale termine, potrà la Società Industriale risolvere il presente
« contratto di affitto, senza accordare indennizzo di sorta, nel solo
« caso che avesse trovato ad alienare i detti locali. In tal caso la
« Società Industriale dovrà, tre mesi prima, dare avviso con lettera
« raccomandata alla Ditta, ed a parità di condizioni di offerta pre-
« ferire sempre la ditta Enrietti e C.i a qualunque altro acquirente,
« rispettando il biennio in corso.

« Art. 4° — La Società Industriale assume a suo carico il paga-
« mento della tassa fondiaria e del premio di assicurazione contro i
« danni dell'incendio dello stabile pel rischio ordinario; sarà invece
« a carico della ditta Enrietti e C.i il pagamento del maggior premio
« di assicurazione dello stabile in dipendenza dell' introduzione nei
« magazzini delle merci infiammabili ».

Procedutosi dagli Occhetti nel 18 aprile 1894, mercè il Ragioniere signor Roberto de Luca, alla verifica contabile, venne rilevato che a 31 dicembre 1893 sussisteva la perdita di lire 4941 e centesimi 10 comprese in esse le lire 1000 dovute sul fitto, e lire 410 a saldo di lire 500 che la ditta Enrietti doveva pagare quale comparticipazione convenuta per la costruzione di una strada interna di servizio dei magazzini: che, per tale primo anno, gli accomandanti avevano versato lire 2912 e centesimi 30, onde a colmar la perdita mancavano lire 381 e centesimi 95; che nel primo bimestre del secondo anno, cioè del 1894 vi era già la perdita di lire 402.

Quindi gli Occhetti nel 20 aprile 1894 fecero offerta reale ad Enrietti di lire 381,86 pel saldo delle loro due quote di perdita pel primo anno; e tale offerta fu rifiutata.

In seguito gli Occhetti, con atto del 31 luglio 1894 notificato alla Società Industriale, dichiararono che pel fatto della perdita e pei patti del contratto sociale, alla scadenza dei due anni, cioè nel 15 dicembre 1894, il contratto sociale cessava, ed essi dovevano ritenersi esonerati da ogni responsabilità. La Società Industriale in risposta dedusse non essere attendibile il cennato atto, perchè gli Occhetti erano, verso di lei, sempre responsabili.

Intanto la medesima Società Industriale istituì giudizio contro l'accomandatario signor Carlo Enrietti, con atti del 21 marzo e 6 aprile 1894, chiedendo: 1° la risoluzione del suindicato contratto di locazione in danno di esso convenuto pel mancato pagamento delle pigioni, e quindi la condanna dell'Enrietti non solo a pagare l'annata scaduta di lire 1000, ma ancora le annate posteriori sino al termine del contratto; 2° la condanna dell'Enrietti allo sfratto immediato dei magazzini locati, con la rivalsa di ogni danno, spese ed interessi; 3° la condanna al pagamento di altre lire 710, così distinte; lire 500 per contributo dei lavori eseguiti nell'interno dei magazzini; lire 210 per rata di assicurazione già pagata dalla istante Società Industriale, non che agl'interessi sulle somme dovute dal giorno della domanda fino all'effettivo adempimento ed alle spese del giudizio.

L'Enrietti in linea riconvenzionale, mentre opponevasi all'accoglimento dell'istanza della Società Industriale, chiedeva condannarsi costei non solo all'esecuzione di tutti i lavori necessari per ridurre lo stabile in condizione adatta all'uso destinato, ma ancora ai danni-interessi derivati alla ditta Enrietti da tale inadempienza.

L'adito Tribunale di Napoli con sentenza del 22-28 giugno 1894 condannò la ditta Enrietti al pagamento in favore della Società Industriale della somma di lire 1000, pigione maturata a 31 dicembre 1893 sui locali adibiti a magazzini generali, siti in Portici, luogo detto Granatello, nonchè al pagamento di lire 620, cioe lire 500 per contributo di lavoro eseguito nei medesimi magazzini, e lire 120 per

resta di rata di assicurazione già pagata dalla Società Industriale, ed agl' interessi legali sulle medesime somme dal dì della domanda sino all'effettivo adempimento; dichiarò, per l'incorsa mora, risoluto il contratto di locazione del 17 settembre 1892; condannò la ditta Enrietti a rilasciare immediatamente alla Società Industriale i detti magazzini nel modo stesso in cui le vennero consegnati, ed a pagare tutte le rate di pigione a decorrere, nella complessiva somma di lire 7000, salvo novello affitto in danno; rigettò la domanda riconvenzionale della ditta Enrietti; e condannò infine costei alle spese del giudizio.

Ne appellò la ditta Enrietti, deducendo:

1.° Che la riconvenzionale della medesima ditta non poteva essere respinta, risultando dagli atti del giudizio la prova relativa alla inadempienza da parte della Società Industriale pel cattivo stato dei magazzini locati;

2.° Che la risoluzione del contratto non poteva essere pronunziata, sia perchè non verificata di diritto, sia per la inadempienza della Società agli obblighi assunti.

3.° Che era erronea la condanna a lire 7000 di pigione, non solo perchè contrario all'art. 1611 del cod. civ., ma eziandio perchè facoltativa la durata della locazione per altri anni.

La Corte, con sentenza del 18-23 dicembre 1895, rivocando l'impugnata sentenza, condannò la ditta Enrietti a pagare lire 2000 in favore della Società Industriale; per due annate di pigione scadute a dicembre 1894, altre lire 500 per contributo di lavoro relativo alla strada interna nei locali surriferiti e lire 120 per rate dovute di assicurazione, nonchè gl' interessi sulle indicate somme alla ragione del sei per cento dal dì della domanda fino all'effettivo adempimento; ordinò una perizia per verificare se al cominciare dell' affitto quei locali avevano bisogno di accomodi locativi, oltre quelli che risultavano già fatti, e nell' affermativa indicare quali fossero gli accomodi che occorrevano, e la relativa spesa; riserbò all' esito gli ulteriori provvedimenti sul merito e sulle spese tutte del giudizio.

Eseguitasi la perizia, venne riproposta la causa. La Corte con sentenza del 2-7 ottobre 1896, condannò la ditta Enrietti al pagamento di lire 2000 in favore della Società Industriale per le annate di pigione 1895 e 1896 oltre ad altre lire 1000 pel 1897; dichiarò risoluto il contratto di locazione racchiuso nell' istrumento del 17 settembre 1892; in conseguenza ordinò alla ditta Enrietti di sfrattare immediatamente dagl' immobili locati, condannò la medesima ditta alle spese del giudizio di prima istanza e di appello.

La Società Industriale notificò agli Occhetti la sentenza del Tribunale del 22-25 giugno 1894, con precetto mobiliare.

Gli Occhetti si opposero, ed il Tribunale con sentenza del 1-5 mar-

zo 1895 accolse l'opposizione, annullando il precetto e condannando la Società Industriale alle spese del giudizio.

Indi la Società Industriale, con atto del dì 11 febbraio ultimo, citò innanzi al Tribunale di Napoli Francesco e Vittorio Occhetti nella loro qualità di socii accomandanti della ditta Enrietti e C.i per essere rivalsa di quanto conseguir doveva a norma dei giudicati per sorta, interessi, e spese, non che per essere rimborsata delle altre rate di assicurazione pagate alla Compagnia Assicuratrice, fino al corrente anno 1897 con la condanna dei convenuti Occhetti altresì agl'interessi commerciali sulle somme domandate ed alle spese del giudizio.

Il Tribunale, con sentenza del 21-31 maggio 1897, accolse la dimanda della Società Industriale, e quindi condannò i convenuti Occhetti:

1° A pagare lire 2232, dovute in virtù del giudicato della Corte del 23 dicembre 1895, gl'interessi sull'intera somma di lire 2620 dal 21 marzo 1894 al 2 giugno 1896 e gl'interessi sulla somma residuale di lire 2232 e cent. 40 dal 2 giugno 1896 sino all'effettivo adempimento.

2° A pagare altre lire 3000 dovute in virtù del giudicato della Corte del 7 ottobre 1896.

3° A pagare lire 2065 e cent. 20 giusta la sentenza della Corte del 21 marzo 1897 relativa alla liquidazione delle spese e compensi dovuti pei giudicati innanzi riferiti, oltre il costo della sentenza, sua spedizione e notificazione.

4° A rimborsare la somma di lire 600, dovute per le rate di assicurazione straordinaria alla Società assicuratrice contro gl'incendii, già maturate.

5° A pagare inoltre lire 41 e cent. 70 per spedizione ed intimazione della sentenza di appello, e lire 98 e cent. 35 pel verbale di sfratto.

6° A pagare gl'interessi sulle somme enunciate nei precedenti numeri 2, 3, 4 e 5, dal giorno della domanda sino all'effettivo adempimento.

7° Infine a pagare le spese del giudizio a favore della Società Industriale.

Contro di tal sentenza i signori Occhetti hanno prodotto appello.

I rispettivi procuratori delle parti hanno in udienza prese le conclusioni superiormente trascritte.

Ritenuto in dritto che la società in accomandita ha per base del suo credito la responsabilità illimitata di uno o più socii, che diconsi accomandatarii, e la responsabilità limitata al capitale conferito, di uno o più socii, nomati accomandanti.

Il capitale sociale può essere diviso in quote o in azioni, onde

la distinzione della società in accomandita semplice e dell'altra in accomandita per azione.

Trattandosi di società in accomandita semplice, come è quella della specie in esame, se i socii accomandanti avessero consegnata la loro quota, null'altro dovrebbero alla società, ed ai creditori sociali; ed inoltre essi sono privi della facoltà di rappsesentare la società.

Gli accomandatarii invece possono dirigere e trattare gli affari sociali nei limiti del contratto, secondo i loro criterii, ed assumono la rappresentanza sociale.

Nell'art. 117 del codice di commercio quindi si legge: « Il socio « accomandante è tenuto sino al limite della sua quota, a rispondere « delle perdite o dei debiti sociali ».

Non si dubita nel caso concreto che i signori Francesco e Vittorio Occhetti, per l'istrumento del 17 settembre 1892, costitutivo della società in discorso, si obbligarono versare la somma di L. 50,000, e che di tale somma non hanno versato se non sole lire 2012 e centesimi 30, come esse medesime affermano nelle loro comparse conclusionali: onde non può disconoscersi il loro obbligo di pagare i debiti sociali, che rientrano nei limiti della rispettiva quota non versata.

Emerge poi dagli atti che nei due pegnoramenti, di esito negativo, eseguiti in danno della Ditta Enrietti e C.i il socio accomandatario Carlo Enrietti si fece a dichiarare che era nell' impossibilttà di pagare quanto si chiedeva, perchè i soci accomandanti signori Oulutto non avevano versato ciò che dovevano.

Le sentenze ottenute contro il legittimo rappresentante la Società, vale a dire contro il socio accomandatario signor Carlo Enrietti, costituiscono giudicati contro tutti i socii, ed in conseguenza anche contro gli accomandanti quando la relativa azione si svolge nei limiti delle quote assunte da costoro, e non oltre le quote medesime.

Indarno si sostiene dai signori Occhetti che debba sospendersi ogni provvedimento sulle domande della Società Industriale fino all'esito del giudizio arbitrale, che si dice pendente fra essi socii accomandanti signori Occhetti ed il socio accomandatario signor Carlo Enrietti, per la liquidazione sociale ed il rimborso dei danni derivati al socio accomandatario dalla mancanza dei versamenti per parte dei socii accomandanti.

Imperocchè la Società Industriale è affatto estranea ad ogni controversia che possa sorgere e svolgersi particolarmente fra i socii Occhetti, e Carlo Enrietti.

Interessa alla Società Industriale soltanto assodare se i signori Occhetti avessero o non versato l' intera quota sociale, fino al cui limite, quali socii accomandanti sono responsabili.

Ed essendo pacifico tra le parti che costoro non hanno versato se non sole lire 2912 e centesimi 30, vien meno ogni ragione di disputare sul diritto della Società Industriale di rivolgersi contro i ripetuti socii accomandanti, per ottenere il pagamento delle somme risultante dai giudicati anzidetti.

Insussistente è l' assunto dei signori Occhetti che il contratto di locazione degli immobili appartenenti alla Società Industriale fu stipulato dal socio accomandatario signor Enrietti, oltre i limiti consentiti dal contratto sociale.

In vero con l'articolo sesto dell' istrumento costitutivo della società in accomandita, di cui si discute, fu stabilito che la durata della Società restasse fissata per lo stesso tempo pel quale veniva concessa la gestione dei magazzini dalla Società Industriale. Nell'art. 2° dell' istrumento di locazione di tali magazzini, è scritto: « La durata « dell'affitto è per anni otto, che si intendono cominciati dal giorno « in cui il costituito signor Enrietti Carlo, sempre nella citata qua- « lità, cioè di *socio accomandatario*, avrà avuto dal Governo la con- « cessione come Magazzini Generali ».

Messi in relazione i suindicati articoli dei detti istrumenti, si scorge di leggieri che l'Enrietti non violava il contratto sociale nell' accettare l' obbligo degli otto anni di fitto, perocchè il contratto sociale espressamente determinava la durata della Società stessa in quel numero di anni che la Società Industriale avrebbe conceduto in locazione quegl' immobili.

Nè l' art. 13 del medesimo contratto sociale può essere utile al contrario assunto.

Per fermo, tale articolo non fu stipulato che pei casi di morte di qualcuno dei socii, il che non si è avverato; nè nello stesso articolo è detto che la facoltà di proroga del biennio avesse dovuto essere riservata alla Ditta Enrietti; ed invece nell'articolo 3° del contratto di locazione la cennata facoltà si riservò a favore della Società Industriale nel solo caso di vendita dei magazzini. Tutti i patti poi del contratto sociale sono riferibili alla gestione e liquidazione della società in accomandita, e quindi soltanto nei singoli rapporti dei socii spiegano la loro efficacia, e non possono menomamente influire sulle obbligazioni che la Società stessa abbia validamente assunte verso i terzi, e riconosciute dai giudicati.

Strano è poi l'assunto che l'affitto di quei magazzini avesse dovuto subire la eventualità delle perdite della Ditta Enrietti e C.i

Imperocchè gli eventi di una speculazione non possono scuotere le obbligazioni contratte, le quali solo potranno risentire gli effetti del fallimento ove non sieno tra quelle garentite con privilegio od ipoteche.

Nè vale rivocare la sentenza del Tribunale del 1° marzo 1895,

con la quale si dichiarava inefficace il precetto spinto dalla Società Industriale contro i signori Occhetti pel pagamento di lire 1620 in virtù della sentenza del 25 giugno 1895. Ed invero, allora si disputava solo se il titolo esecutivo contro il socio accomandatario conservasse o meno la sua efficacia esecutiva anche rispetto ai socii accomandanti, i quali con atto del 22 ottobre 1894 si opposero al precetto; ed il Tribunale opinò per la negativa, annullando il precetto medesimo. Invece nel caso di cui trattasi, la Società Industriale propose un' azione *ex integro* contro i socii accomandanti, per quanto rifletteva la loro quota dovuta alla Società in accomandita e non versata, e gli effetti dell' art. 117 del codice di commercio che dichiara tenuto il socio accomandante, sino al limite della sua quota, a rispondere delle perdite e dei debiti sociali.

I giudicati, alla cui base, dalla Società Industriale si avanzarono le dimande in esame contro i socii accomandanti, discussero e respinsero tutte le contrarie eccezioni, le quali i signori Occhetti hanno identicamente riprodotta in questa sede, non esclusa quella concernente l' esistenza di un compromesso ed una pretesa assicurazione in partecipazione; e tali giudicati ottenuti contro il legittimo rappresentante della Ditta Eurietti e C.i sono operativi di effetti anche rispetto ai medesimi socii accomandanti; sicchè non reggono le deduzioni di costoro, e non è ammissibile di fronte ai giudicati sopra accennati il giuramento decisorio deferito da essi Occhetti in linea subordinata sulle cose che hanno formato oggetto dei giudicati medesimi.

Per le premesse ragioni adunque non ha ha fondamento l' appello dei signori Occhetti, e dev' essere rigettato.

Ritenuto che la soecombenza trae seco l' obbligo del pagamento delle spese del giudizio; e però i signori Occhetti come soccombenti sono tenuti a rivalere la Società Industriale delle spese del presente giudizio di appello.

Per questi motivi ecc.

Corte d'Appello di Napoli (1ª Sez.) — *4 agosto 1897.*

Nunziante *Pres.* — Conti *Est.*

Ditta Trezza c.° Società di Cassino

Dazio consumo — Contravvenzione — Assoluzione — Domanda d'indebito — Società cooperativa di consumo — Dazio—Esenzione — Condizione (L. 11 agosto 1870).

A) *L'ordinanza di non luogo a procedere in tema di contravvenzione a dazio di consumo non può costituire titolo per la restituzione della tassa pagata.*

B) *A rendere esenti da dazio le società cooperative occorre che nelle loro operazioni debba riscontrarsi il concetto di beneficenza e non quello di speculazione.*

Attesochè nel 19 settembre 1896, con intervento del Pretore, fu dagli agenti daziarii in Cassino elevata contravvenzione a carico della Società operaia di quella città, Sezione cooperativa di consumo, per abusivo esercizio di vendita al minuto, e trasmesso il relativo verbale all' autorità giudiziaria per analogo procedimento penale. Intanto la Ditta Trezza, assuntrice dell' appalto del dazio pel comune aperto di Cassino nel 21 del seguente mese di ottobre ingiunse alla Società il pagamento del dazio in L. 1888,39, e la Società fece offerta reale che fu accettata.

Però con atto del 5 novembre 1896, la Società convenne la Ditta innanzi al Tribunale, e chiese la restituzione del dazio che disse non dovuto, ed ingiustamente richiesto. Nelle more del giudizio il giudice istruttore con ordinanza del 9 marzo 1897, dichiarò non farsi luogo a procedimento penale per inesistenza di reato contro i rappresentanti la Società. Il Tribunale di Cassino, con sentenza del 20 aprile 1897, ritenne che l'ordinanza di non luogo a procedere costituisse giudicato anche sulla quistione della inesistenza del credito della Ditta e potesse il medesimo costituire la base della domanda di ripetizione d'indebito, ritenne che la Società non ha per fine il lucro, e la speculazione, e goda della esenzione del dazio, anche se della medesima profittino persone agiate, e respingendo l'istanza per ammissione di prova testimoniale avvanzata della Ditta, la condannò alla restituzione della somma esatta, ed alle spese.

Avverso questa sentenza la Ditta Trezza ha prodotto appello.

Attesochè l'azione che spiegò la Ditta Trezza con l' atto ingiuntivo, non ebbe la base nel fatto dell' accertata contravvenzione, ma nel dritto che deriva dalla legge, e quando si ricordi che la medesima non si costituì parte civile nel procedimento penale, apparisce manifestamente erroneo il criterio direttivo dell' impugnata sentenza, che ritenne doversi restituire la tassa percetta, perchè venuta meno la contravvenzione.

Mancando la identità di ragione, di *causa petendi*, non può avere efficacia la cosa giudicata.

Attesochè la controversia è circoscritta al vedere se per la retta intelligenza dell' art. 5 della Legge 11 agosto 1870, e per la costituzione della Società cooperativa la Ditta Trezza avesse il dritto a percepire il dazio.

Attesochè la mentovata disposizione pei comuni aperti, come quello di Cassino, è così concepita: « L'atto di vendita al minuto è « considerato come l'apertura di un esercizio non autorizzato, e darà « luogo alla contestazione della frode e « soggiunge ». Non sono tenute « al pagamento del dazio le Società cooperative pei generi che prov- « vedono e distribuiscono fra i socii esclusivamente per scopo di be- « neficenza, e che si consumano alle case di coloro, cui la distribu- « zione è fatta ».

Attesochè sia per la lettera, sia per lo spirito che informa la legge e che si manifesta dalla sua storia risulta che, per dichiarare la esenzione del pagamento del dazio, debbano verificarsi tre condizioni:

1ª Che i generi siano venduti al dettaglio fra i soci, e non anche ai terzi.

2.° che le vendite siano fatte esclusivamente a scopo di beneficenza e non per fine di lucro, cioè per sfuggire al pagamento del dazio.

3.° che i generi sieno consumati nelle case di coloro, ai quali si distribuiscono e non altrove. Nella discussione parlamentare quando si disaminava il progetto il Ministro disse « che miglior beneficenza « era quella di ridurre il prezzo degli oggetti di prima necessità alle « classi lavoratrici, e quando si disse, esclusivamente a scopo di be- « neficenza, si esclude appunto quello scopo di lucro, che egli era « nel dovere di combattere, perchè non intendea di dare appiglio a « qualcuno di venire a frodare la legge » Identici furono i concetti espressi dal relatore, il quale disse:

« Non tutte le Società cooperative possono dirsi avere uno scopo « di beneficenza. Vi possono essere delle cooperative anche fra per- « sone agiate per conseguenza, ne viene la necessità di escludere « ogni idea di speculazione nelle distribuzioni, o spacci in discorso, « idea la quale potrebbe venire un pò troppo facile, quando non si « ponesse questa espressione esclusivamente per scopo di beneficenza. « Questa è la ragione per cui la Commissione vieppiù si persuade « della necessità che sia mantenuta quella dizione. Però sotto la di- « zione *esclusivamente a scopo di beneficenza* non si deve intendere « che i generi debbano essere gratuitamente distribuiti perchè be- « neficenza è altresì quella, che rende più agevole il vivere delle « classi lavoratrici.

Coerentemente la Corte regolatrice interpetrò la legge proclamando che la dispensa dal dazio dovesse intendersi accordata non alla società, ma all'atto di beneficenza.

Nella cooperazione intanto v'è beneficenza, in quanto la medesima viene esercitata fra persone meno agiate le quali obbligate a vivere col lavoro, non hanno mezzi sufficienti per fare le provviste

come le persone agiate. Così il legislatore corresse in certo modo quella sperequazione che nei comuni aperti si verifica tra le varie classi sociali, perchè le persone agiate con le provviste che fanno di grosse quantità di generi per ciascuna delle loro famiglie, non sono soggette al pagamento della tassa, la quale rimane tutta a peso delle classi, che per la loro condizione, debbano provvedersi al minuto. La beneficenza adunque è condizione essenziale per la esecuzione del dazio; ove si dimostra la beneficenza è escluso il pericolo del lucro, e per beneficenza non deve intendersi la distribuzione gratuita, ma anche quella che rende più miti i prezzi dei generi di prima necessità.

Attesochè stabilita la retta intelligenza della sucitata disposizione di legge accade ricercare se, dalla costituzione della Società cooperativa di consumo di Cassino, rimane escluso lo scopo della beneficenza, lo scopo cioè di venire in soccorso delle classi lavoratrici, le quali sono le meno agiate.

Attesochè con istrumento del 4 maggio 1896 fu costituita nel seno della Società Operaia di Cassino una sezione cooperativa di consumo, la quale si propose l'acquisto dei generi alimentarî ed affini, combustibili anche si sarebbero messi in vendita in pro dei soli socii della Società Operaia a prezzi fissi pari ai più miti. Siccome gl'intervenuti nel rogito si qualificarono tutti operai, e col patto 9° fu stabilito che non potesse essere socio della sezione cooperativa chi non è socio della Società Operaia di mutuo soccorso, così nè per lo scopo, nè per le persone, può ritenersi dimostrato che dalla costituzione della Società fosse esclusa la condizione della beneficenza.

Attesochè però la Ditta appellante chiese di provare anche per testimoni che la vendita dei generi al minuto eseguita dalla Società Cooperativa di consumo in Cassino, sin dai primordii della sua costituzione, fu fatta sempre a' socii agiati e ricchi, ed anche a persone estranee sia con tessere di riconoscimento sia senza, e furono i generi consumati e rivenduti non nelle case dei socii, ma spesso nei pubblici esercizii. Il Tribunale errò quando ritenne irrilevanti i fatti articolati dalla Ditta, e respinse la istanza per la prova testimoniale, mentre ove si dimostrassero veri i fatti medesimi apparirebbe manifesto lo scopo del lucro, e non più la beneficenza ma la speculazione sarebbe l'obietto della Società.

Nè si dica che l'abuso di qualche socio non possa vincolare la Società, perchè dove è possibile l'abuso dei socii, quivi non può fiorire la beneficenza, e quando il pericolo della speculazione non può essere scongiurato, e la frode alla legge allontanata, lo scopo della Società, quale risulta dal suo atto costitutivo, è un'apparenza che intende ad eludere la sanzione della legge, ed il magistrato deve valutare gli atti per quello che sono, e non per quello che appariscono

L'impugnata sentenza, essendosi allontanata da siffatti principii, deve essere riformata per la parte che ritenne inattendibile la prova ed ammettersi l'appellante a provare per testimoni i fatti articolati.

Attesochè all'esito del mezzo istruttorio si potranno emettere i definitivi provvedimenti.

Attesochè non omettendosi i definitivi provvedimenti, e dovendosi espletare il mezzo istruttorio è utile sospendere l'esecuzione della sentenza.

Attesochè la causa non è definitivamente decisa.

La Corte ecc.

CORTE D'APPELLO DI NAPOLI (1ª Sez.) — *8 agosto 1897.*

NUNZIANTE *Pres.* — BIANCO *Est.*

De Gattis c.° Savi

Fallimento — Rendiconto del curatore—Sentenza—Inappellabilità
(art. 841, 913 Cod. Comm.)

È inappellabile la sentenza che statuisce sul conto tra il curatore ed il fallito dopo la omologazione del concordato.

La Corte ha considerato — Che chiusosi il fallimento del signor Ernesto Savi per concordato giudiziale, questi citò il curatore avv. De Gattis prima innanzi al giudice delegato, ed indi, per la non comparsa di costui innanzi al Tribunale di Napoli, con atto 4 maggio 1894 per liquidare i conti della gestione avuta dal De Gattis duranto il tempo nel quale continuò la procedura di fallimento e la sua qualità di curatore. Il Tribunale, dopo lunga ed intricata processura, con sentenza pubblicata addì 28 dicembre 1896 statuì su codesto conto compensando in massima parte le somme che ciascuno dei contendenti dovea rispettivamente dare e ricevere, e condannando il De Gattis ai quattro quinti delle spese del giudizio. Contro questa sentenza il De Gattis produce appellazione eccependo in merito molte deduzioni avverso le statuizioni e i ragionamenti della sentenza impugnata. L'appellato Savi deduce l'inamessibilità dell'appello.

Che la presente controversia va decisa nel rito, presentandosi all'esame della Corte la questione: se la sentenza del Tribunale che statuisce sul rendiconto del curatore al fallito sia o no appellabile a norma di legge — E per vero l'art. 913 cod. di comm. contrariamente a quello che disponevano gli art: 695, 696 dell'abolito cod. di comm. stabilisce come regola nei giudizii di fallimento l'inappellabilità delle sentenze, eccettuandone quelle espressamente e specificatamente in quell'articolo richiamate. Di guisa che la regola gene-

rale d'inappellabilità viene meno di fronte alle eccezioni tassativamente espresse dall'art. 913; e non è giuridico dare un interpetrazione etensiva e per analogia in materia di espresso divieto della legge.

Che non essendo la sentenza resa sul rendiconto dato dal curatore al fallito dopo l'omologazione del concordato e di cui all'art. 841 cod. di comm. nelle eccezioni determinate dall'art. 913 risulta evidentemente che essa sottostia all'impero della regola generale e perciò non sia appellabile — Senonchè un'eccezione della difesa del De Gattis deciderebbe a far ritenere che la resa dei conti che il curatore ha il dovere di dare al fallito, avvenuto il concordato, non rientri nella materia del fallimento, e debba sottostare alle regole generali stabilite per rendiconti di qualsiasi specie e natura. Ma codesta deduzione può dirsi affatto sfornita di fondamento giuridico essendo sufficiente a convincere del contrario il considerare, che la massima del curatore, la conseguente amministrazione di costui pel patrimonio del fallito, l'obbligo di rendere a quest' ultimo il conto della gestione, chiusosi il fallimento; e la resa dei conti cui è tenuto il curatore si può dire la effettiva chiusura della gestione, cui egli fu demandato, chiusura che pone termine alla sua figura giuridica e alle responsabilità verso i creditori, il fallito e l'autorità giudiziaria.

Che dalle su esposte considerazioni appare evidente l'intima connessione del rendiconto di cui all'art. 841 cod. di comm. con la procedura di fallimento, esso è per così dire la conseguenza indispensabile ed inevitabile di un fatto e di un rapporto giuridico che si è andato svolgendo e maturando durante tutto il periodo dell'amministrazione e dando origine a responsabilità che vengono necessariamente determinate dopo l'esaurimento di quel giudizio cui è connaturato. Risulta quindi indubitabile l'inappellabilità della sentenza resa nel rendiconto del curatore al fallito ai sensi del suddetto art. 913 cod. di comm. Inoltre, se ben si riflette, nell'art. 841 cod. comm. è imposto al curatore l'obbligo del rendiconto, e questo è quel che veramente chiude il fallimento. Imperocchè in esso è detto che, omologato diffinitivamente il concordato cessa lo stato di fallimento, salvo quel che, è disposto negli articoli seguenti. Nel capoverso poi è dettato l'obbligo del rendiconto, e il procedimento a seguirsi per la sua discussione, è un tutt'uno il rendiconto del conto del curatore col fallimento, del quale anzi ne è un legittimo e necessario complemento. Alla regola quindi dell'art. 913 codesto rendimento di conto non può sottrarsi.

Suffraga codesta opinione, oltre alla costante giurisprudenza e la comune dottrina, il rilevare che nel conto da rendere al fallito da parte del curatore si riscontra un tal quale doppio grado di giurisdizione, dappoichè il giudice delegato vigila sulla resa dei conti,

sulla restituzione dei beni, dei libri, delle carte fatta dal curatore al fallito, stendendone processo verbale e nei soli casi di contestazione rimette le parti al tribunale che decide definitivamente. Procedura codesta peculiarmente propria nei giudizi di fallimento, che è possibile riscontrare spesse volte durante i diversi stadi procedurali, anche quando il giudice delegato, trattandosi della verifica dei crediti, rimette le parti al Tribunale, ogni qual volta siano insorte contestazioni. Che se la sentenza pronunziata in tale materia è appellabile lo è per esplicito richiamo dell'art. 913 cod. di comm.

Che la ragione dell'inappellabilità della sentenza in tema di rendiconto si riscontra più valida. se si pone mente alla convenienza di lasciare a quella istessa autorità giudiziaria che nominò il curatore, che ne invigilò la gestione, connessa ad un procedimento di ordine pubblico quale è il fallimento, in una maniera non soggetta a censure, la facoltà di liquidare le ragioni di dare e di avere tra il curatore ed il fallito.

Che ritenuto la inappellabilità della sentenza 28 dicembre 1896, non è possibile scendere all'esame del merito.

Che le spese seguono la succumbenza.

Per tali motivi ecc.

COMMISS. COMUN. DELLE IMPOSTE DIRETTE DI NAPOLI – *17 luglio 1897*

MASTRACCHI *Pres.* — PUOTI *Est.*

Municipio di Napoli c.° Agenzia

Ricchezza mobile — Intassabilità del canone sugli Omnibus e sulle pompe funebri

Non è soggetto ad imposta di Ricchezza mobile il canone che i comuni percepiscono dalle società degli omnibus.

È parimenti intassabile il canone che i comuni percepiscono da Società pel trasporto delle pompe funebri, quando le spese necessarie per i cimiteri d'inumazione eccedono il canone percepito dai comuni per il trasporto suddetto (1).

---

(1) Queste massime sono conformi alla legge e di grande importanza pratica, e perciò su di esse richiamiamo l'attenzione dei nostri lettori.

Nello identico senso aveva già deciso la stessa Commissione comunale con deliberazione del 30 luglio 1895, la quale fu pienamente confermata dalla Commissione centrale nel 4 febbraio 1896 Pres. Giolitti.

Anche di questa precedente decisione fu estensore l'avvocato Cav. Errico Puoti, assessore del nostro comune, il quale, oltre ad essere un buono amministratore, è molto competente nella intricata materia delle imposte.

La Commissione comunale, letti gli atti ed udita la relazione sul reclamo del sindaco di Napoli avverso lo accertamento fatto dall'Agenzia pel reddito netto di lire 142 mila in cat. B. distinte per lire 50 mila pel premio su tale concessione, lire 42 mila per la concessione dell'esercizio per le pompe funebri, ha considerato che i comuni in forza dello art. 147 della legge comunale sono autorizzati ad imporre alcune tasse e sovraimposte nel caso d'insufficienza delle loro rendite e col num. 5 del citato articolo è detto proprio che i Comuni possono imporre una tassa per la occupazione di spazio ed aree pubbliche ragguagliata alla estensione del terreno occupato ed alla importanza della posizione.

Di conseguenza il municipio di Napoli in base alla citata legge stabiliva una tassa di occupazione per le vetture omnibus, che ragguagliava ad un canone annuo e stipulava a vantaggio del pubblico servizio il contratto con una società trovandosi così ad agire in conformità della legge per supplire alle deficienze dell'attivo... nè l'avere stipulato dei patti a garentia del canone e del pubblico servizio, può significare aver mutato la natura di ciò che si riscuote.

Anzi la 4ª sezione del Consiglio di Stato, sul ricorso del rappresentante l'antica Società degli omnibus contro il Municipio di Napoli, dopo aver ragionato, in forza del citato articolo della legge comunale, aggiunse che per l'art. 12 del regolamento stradale, i Municipi sono autorizzati a stabilire nelle licenze o concessioni di suolo pubblico comunale il corrispettivo di un prezzo o di un annuo canone.

Ha pure considerato che il Municipio di Napoli, coll'articolo 57 del regolamento, avea preveduto il caso di concessione per le vetture omnibus e stabiliva che « il corrispettivo di tal concessione poteva altresì essere rappresentato da un canone annuale a favore del Comune » quindi in forza della facoltà data ai Comuni per la legge comunale del 1889, il Municipio stabiliva le norme per l'applicazione della tassa e per la sua riscossione.

Per il che il contratto è solo fatto nello interesse del pubblico servizio ed in base alla legge ed al regolamento, quindi anche la forma è permessa, nè si entra in rapporti patrimoniali con la Società.

Per l'accertamento del reddito per la concessione dell'esercizio per le *pompe funebri* la commissione a maggioranza ha ritenuto il canone essere una *tassa* e come tale non soggetta alla imposta di ricchezza mobile. Ma, a prescindere da ciò, ha considerato che la finalità necessaria del trasporto dei cadaveri è l'interro di essi. non potendosi concepire trasporti di pompe funebri senza un luogo adatto a sotterrare i morti.

Ed il municipio di Napoli, come tutti gli altri d'Italia, è obbligato a tenere un cimitero d'inumazione non pure per la necessità

sopradetta ma anche per la legge sulla tutela dell'igiene e sanità pubblica del 22 dicembre 1888, e l'articolo 145 della legge comunale e provinciale del 10 febbraio 1889, dichiara obbligatorie pei comuni le spese pei cimiteri. Cosicchè il comune di Napoli, che ha come gli altri il dovere per legge di tenere un cimitero e deve ed ha il dritto di regolare il trasporto dei cadaveri, stipulava il contratto coll'impresa Forgione pel quale percepisce un canone di lire 24 mila.

Ma esso non rappresenta un utile se non quando si sono detratte le spese pel cimitero, e non si può sostenere che ogni introito del Comune dovendosi invertire per pubblici servizii a supplire le deficienze dell'attivo, nel caso s'inverte per pubblici servizii a supplire le deficienze dell'attivo, nel caso s'inverte pel cimitero, il canone; dappoichè non si tratta per le stesse ragioni sopradette di servigi differenti, ma invece di un unico servigio.

D'altra parte ha considerato che dallo stesso bilancio municipale risulta come il municipio, per soli diritti di sepoltura e di trasporti percepisce annualmente lire 42 mila di canone per determinare l'introito esatto e da esso poi togliere le spese necessarie pel cimitero. Si ha quindi che, per ogni anno, il Municipio riscuote lire 112mila mentre poi, calcolando le sole spese necessarie per la regolare manutenzione del cimitero, il Municipio spende lire 117,215,37 cioè lire 5,115,37 in più di quello che percepisce pel medesimo scopo, pei diritti di sepoltura e pel canone.

Ed è a notare altresì, che per lo stesso contratto di appalto per le pompe funebri, in caso di malattie epidemiche, il Municipio è obbligato di corrispondere all'appaltatore lire 5 pel trasporto di ciascun cadavere di povero. — Per conseguenza non essendovi utile non si può imporre tassa.

Per siffatti motivi la Commissione accoglie il reclamo ed annulla gli accertamenti.

PARTE TERZA-BIBLIOGRAFIE

Avv. Giuseppe Apicella — *Annuario di Giurisprudenza Civile e Commerciale del Tribunale di Sala*—Anno VI, 1896.

L'egregio avv. Apicella, noto per importanti lavori legali, ha continuato la pubblicazione del pregevole annuario, riassumendo le più gravi dispute giuridiche risolute dal Tribunale di Sala, aggiungendovi opportune note di riscontro e di critica tra cui alcune veramente degne di onorevole menzione, come quelle sulla rifusione dei danni morali, sull'influenza del giudicato penale in tema civile, sulla natura ese-

cutiva delle note di collocazione e parecchie altre, nelle quali l'Apicella sennatamente indica lo stato della giurisprudenza e della dottrina *in subiecta materia* con acuta e sintetica esposizione dei principii direttivi. Non è dunque una mera raccolta di massime, ma un trattato molto utile che speriamo voglia essere ripetuto per gli anni successivi.

E. Barone

De Martinis avv. Cesare. — *La vendita forzosa e l'art. 1470 del codice civile* — Napoli 1897.

É un accurato studio, in cui l'Autore, con molta chiarezza e precisione, esamina la grave quistione, se, cioè, l'aggiudicatario ha diritto di fare interamente suoi tutti i frutti pendenti nel giorno dell'aggiudicazione. Questa quistione è grave e di molta importanza pratica, giacchè spesse volte i frutti eguagliano il valore dei fondi aggiudicati, come avviene pei boschi.

L'Autore, dopo di avere dato un sommario sguardo al Diritto romano, esamina la vigente legislazione, e viene alla conclusione che siano le fonti, siano i testi del nostro codice concordano nell'attribuire al compratore, dal momento della vendita, la percezione dei frutti pendenti. Confuta quindi gli argomenti a cui si affidano i fautori della tesi opposta, specialmente la nostra Cassazioue e il dotto Presidente Conte Mirabelli, e ritiene che le tre sentenze del nostro Supremo Collegio, con cui si riteneva la inapplicabilità dell'art. 1470 cod. civ. alle vendite forzose, dovettero cedere all'influsso della tradizione, piuttosto che alla serena contemplazione della dottrina e della legge vigente: e il chiaro avvocato De Martinis viene in questa opinione dopo aver letto uno studio del Consigliere Vincenzo Napoletano, fautore anche della opinione sostenuta prima dalla nostra cassazione la quale ora, con una recente sentenza, mutò avviso.

L'A. fa altre acute osservaziani e adduce altri validi argomenti a sostegno della sua tesi che anche noi propugnammo in una nota pubblicata in questa Rassegna (VI, pag. 574) ad un'altra sentenza della stessa quarta sezione della nostra corte di appello del 27 novembre 1896, di cui fu estensore l'illustre Consigliere De Rogatis.

F. Parisi

Buccelli avv. Luigi — *Il Codice di Procedura Civile del Regno d'Italia* — Fascicolo XI, art. 35-44.

Mortara Prof. Lodovico — *Schema Preliminare per la riforma delle dispostzioni sulla Procedura di Fallimento e sul concordato* — Torino 1897.

Questo schema fu redatto dall'Autore per incarico della sotto-commissione delegata allo studio della riforma del codice di commercio per la parte relativa all'istituto del fallimento.

De Mauro M. *Il nuovo codice di procedura penale ungherese e la giuria* — Catania 1897.

Berlingieri Prof. Francesco — *Il contratto di noleggio e la navigazione a vapore.*

Proposte di aggiunte e modificazioni alle disposizioni del titolo IV, libro II del codice di commercio. Relazione al Congresso Giuridico di Napoli; Genova 1897.

PARTE PRIMA-DOTTRINA

Della superficie, del suolo e del sottosuolo nel contenuto giuridico del diritto di proprietà.

Le nostre LL. CC. ci presentano una idea complessa dell'estensione dominicale pertinente al proprietario di un fondo, integrando tutti i diritti che allo stesso competono, siano quelli inerenti al fondo proprio siano gli altri che per diritto di origine vi hanno una semplice aderenza.

Cotesto concetto il Legislatore lo esprime con la dizione dell'art.° 440 così concepito. Art. 440. « La proprietà del suolo si « estende allo spazio soprapposto, ed a tutto ciò che vi si trova « sopra e sotto la superficie. » Concetto che avvalorato dalla massima del Dritto *qui dominus est soli dominus est coeli et inferorum*, ci farebbe credere che il globo terrestre venisse distinto in tante proprietà di privato dominio quanti sono i fondi legalmente distinti, assegnando a ciascuno una forma piramidale il di cui vertice raggiunga il centro del globo, e la base si sperda nell'atmosfera libera.

Cotesta induzione legalmente inammessibile perchè rende indeterminato con l' oggetto del dritto ancora il soggetto per se stesso commensurabile, purnondimeno, si trasformerebbe in un *vero* giuridico, se la legge istessa, dopo la fatta integrazione di tutti i dritti che competono al proprietario di un fondo, non ne differenziasse quei diritti che per ragione di giurisdizione diversa vengono regolati dalle leggi Amministrative.

Di vero dalla fatta integrazione l'art. 431 esclude le Miniere e le Saline, il di cui esercizio viene regolato dalle Leggi Amministrative; ed in conseguenza di tali disposizioni vengono escluse le acque sorgenti, che in vene più o meno copiose o in sottilissimi veli attraversano il sottosuolo, e spicciano in sorgenti ove il declivio del suolo le conduce. Come pure rimane esclusa la maggiore elevazione della superficie che forma l' atmosfera libera cui l'uomo non potendo pervenire la gode; ma non può nè occuparla nè possederla (1).

In una parola la legge esclude dalla dizione dell' art. 440 tutte quelle cose, le quali, avvegnachè facciano parte del globo terrestre, purnondimeno, o perchè possibilmente appropriabili per

---

(1) L. 11 et 24 de servit, urb. praed. L. 12 cod. § 4.° de aedificiis privatis.

dritto di origine, come l'acqua, o perchè mobilizzate per Dritto Amministrativo, divengono di privata pertinenza e per conseguenza sono regolate dal Dritto pubblico, vengono quindi escluse dal Dritto comune (1).

Or dalla esclusione delle cose che sono regolate dal Dritto Amministrativo, la dizione dell' art. 440 delle LL. CC. si limita a tre soli elementi, cioè al *Suolo*, alla *Superficie*, e al *Sottosuolo*. che sotto forma di accessione materiale si unisce al suolo. I quali tre elementi sono sufficienti a costituire e rappresentare la proprietà fondiale di privato dominio, che è la sola sottoposta all' imperio delle LL. CC.

E così con le esclusioni di sopra enunciate il Legislatore materializza l'ampio significato della voce *proprietà* (2), lo limita e lo applica a quelle sole parti del globo terrestre ed a quegli oggetti di cui l' uomo servendosene li può possedere, sieno essi mobili od immobili.

Il carattere della immobilità nella proprietà fondiale si desume dalla natura dell' oggetto, come il fondo di terra.

Il carattere della mobilità merita di essere considerato non nei rapporti della natura diversa dell' oggetto che si possa rendere mobile, bensì si desume dalla giurisdizione che ne permette la mobilità.

Così il fondo di terra, immobile per propria natura, costituisce la parte principale, e le accessioni, che possono per leggi civili divenire mobili, costituiscono la parte secondaria o accessoria del fondo. In pari modo risultano mobili quelle cose su cui l' uomo avendo un *dritto* di *origine* le fa proprie con la semplice occupazione.

Parte principale o soprassuolo

Il soprassuolo riconosciuto da' Giuristi sotto il nome di *Area* abbraccia i due elementi costitutivi del Fondo, cioè il suolo e la superficie, l' uno e l' altra necessarii alla produzione o ad erigervi un fabbricato; causa ed effetto della vera proprietà fondiale acquistata dall' uomo col proprio lavoro (3).

Del soprassuolo la legge si occupa considerandolo necessario alla produzione e suscettivo a sostenere un fabbricato *Aedes ex duobus rebus constat: ex solo et superficie* (4).

E coteste due parti del fondo il Legislatore le distingue senza separarle, perchè unite costituiscono la proprietà fondiale (5)

---

(1) V. Prologomeno alla Scienza del Fondo. Balsamo 1895. Vol. 1°.

(2) Videntur veteres dominium de re corporali dixisse. Vinnio Inst. t. 12 lib. 1° § 2.

(3) Si quis in alieno solo sua materia aedificaverit illius fit aedificium L. 7 § 12 de acq. rem.

(4) L. 23 D. de usurp.

(5) Omne quod inaedificatur solo cedit. L. 7 §, 10 in med. Dig.

suscettiva di quelle modificazioni che lo stesso Legislatore rico nosce e determina per l' oggetto cui le riferisce. Tra le quali modificazioni si noverano i diritti di servitù, che il proprietario di un fondo possa acquistare sul fondo del suo vicino.

Che anzi a dimostrare la necessità della naturale e giuridica unione di coteste due parti del fondo il Legislatore, nel mentre riconosce che la servitù si possa costituire o sul suolo o sulla superficie, dispone che ciò non si avveri qualora la superficie che si vorrebbe soggetta alla servitù non faccia parte integrante del suolo cui risponde e vi è congiunta.

Come pure che la Servitù non si possa costituire su di un suolo indipendentemente dalla superficie inerente allo stesso fondo.

A raggiungere tal fine il Legislatore ha stabiliti due diversi rapporti tra superficie e suolo:

L'uno immediato.

L'altro mediato.

E ciò per darci ad intendere che il rapporto tra superficie e suolo può variare, ma non mai mancare, essendo la superficie giuridicamente congiunta al suolo in modo che l'una non possa avere esistenza giuridica senza dell'altro, pel fine cui è diretta.

Ecco perchè nelle leggi troviamo indicati due diversi dritti superficiarii.

a) Il primo, che dall'oggetto da cui promana, dicesi dritto di superficie, *jus superficiei* (1); e questo ha una relazione immediata col suolo;

b) Il secondo è detto Enfiteusi, dalla relazione *mediata* che la superficie ha col proprio suolo.

a) Il *jus superficiei* generante una servitù, rappresenta quel dritto che, senza menomare la sostanza del fondo altrui, ne limita e circoscrive l'esercizio della potenzialità inerente al relativo dominio. Di tal che il proprietario di cotesto fondo, in omaggio al dritto dal vicino acquistato, rimane obbligato a non elevare fabbriche, se la servitù riflette la superficie del fondo suo, ovvero a non piantare o coltivare una determinata zona del proprio fondo se la servitù fosse costituita sul suolo.

Laonde nella costituzione di un dritto di servitù l'oggetto rappresentante la servitù, riferito alla superficie obbligata, risiede nello stesso fondo servente, mentre ehe il soggetto del dritto risiede nel fondo dominante, a di cui vantaggio la servitù fu costituita.

Ciò spiega la ragione giuridica del come il *jus superficiei* costituisca un bene pertinente al fondo dominante, accrescendogliene col godimento del pari il valore.

Da ciò la necessità della esistenza di due fondi (1) e di due proprietari diversi, onde l'uno de' proprietari goda, dal proprio

---

(Praedita Fram. 1 § 1 D. VIII, 4 (commun praed tom urb quam rustic).

fondo, gli effetti della potenzialità non esercitata dal vicino sul fondo suo (1).

b) In quanto poi all'altro simile dritto di superficie, così detto Enfiteusi, troviamo nelle leggi questo dritto distinto dal dritto di superficie per quella intima e *mediata* relazione al suolo, senza della quale non potrebbe avere esistenza.

Difatti l' Enfiteusi è un dritto reale mercè cui noi ci serviamo della altrui proprietà come se fosse nostra, e disponiamo de' frutti e non della sostanza della cosa che non possiamo deteriorare, bensì migliorarla e coltivarla, pagandone però una determinata ed annua corrisponsione.

Ond' è che l'Enfiteusi, riferita legalmente al dritto di proprietà della intiera area che costituisce il fondo, viene distinta nel possesso e nel dominio, l'uno di dritto, l'altro di fatto, e questo sotto l'aspetto di due facoltà, l'una di disporre, l'altra di godere. Ed appunto tali dominii sono dalla scuola forense riconosciuti, il primo per dominio diretto, il secondo per dominio utile: Utile perchè dalla utilità del godimento ne è escluso il proprietario diretto, il quale riceve una annua corrisponsione dall' utilitario che fa propria tutta la produzione provveniente dal Fondo (2).

L' utilitario dunque, o superficiario che vogliamo dire, rappresenta indiscutibilmente il dritto di percepire i frutti provvenienti dal fondo, ma comechè questi frutti non possono prodursi senza del suolo, così l' utilitario e per esso l' enfiteuta rappresenta il dritto ad una superficie inerente e non separata dal suolo cui risponde con una relazione *mediata* (3). Ond'è che nella Enfiteusi tanto l' oggetto del dritto che il soggetto risiedono nel medesimo fondo.

Nella sua sintesi l' Enfiteusi rappresenta un novello lavoratore che si sostituisce al primo nel possesso di quel suolo che fu occupato *jure universitatis* per prodigarvi le proprie cure il proprio lavoro. E così il novello lavoratore confondendo il proprio col lavoro primitivo già prestato al suolo inerte, ne fa propria la intiera produzione, pagando al primo proprietario una annua corrisponsione, che dicesi *canone*, che lo compensi dei frutti del primitivo suo lavoro.

—

Ma oltre le esposte due relazioni legali l' una immediata, l'altra mediata esistenti tra la superficie ed il suolo, ogni altra zona di superficie, nell' antico dritto, rimaneva indipendente dal suolo, come indipendente era la zona di superficie circoscritta

(1) Fr. 9 D. VIII de servit: Fr. § 1 fr. 7 § 1 D. VIII 3 (de servit praed rustic.).

(2) Fram. 25 § 1 D. XXII de usuf et fruct.

(3) Superficies est omne id quod super solum existit et eidem cohaeret, inde etiam arbores et plantae vecte dicuntur superficies. Tit. XVIII Dig. § 1.

dai muri conformanti un piano soprapposto ad altri piani, di altrui spettanza. Superficie la quale non partecipava al suolo, quindi la sua esistenza ritenevasi avvolta nel manto delle servitù (1), per analogia a quella superficie racchiusa in una Camera superiore, *coenaculum*, pel quale dritto pagavasi un annuo canone, *solarium*, al proprietario del suolo nel caso fosse stato espressamente pattuito (2).

Ma cotesta servitù dal Codice Napoleone fu lodevolmente abolita, senza però menomare il dominio già acquisito dalla zona di superficie racchiusa dagli stessi muri conformantino il piano proprio.

Che anzi a questa superficie fu dato il vero carattere di *dominio fondiale* con farla compartecipare al suolo da cui era disgiunta. E ciò con una disposizione legislativa per quanto semplice per altrettanto sublime!

Di vero nell'edificio diviso il proprietario del rispettivo piano rappresentava la proprietà esclusiva dei rispettivi muri maestri; e con essa rappresentava la proprietà dei tre attributi agli stessi inerenti, cioè del dominio, del possesso e dell'uso: attributi che al proprietario del piano costituivano una sfera di attività giuridica tutta propria sua, ma sempre nella indipendenza dal suolo, da cui la correlativa superficie rimaneva separata per mancanza assoluta di rapporti giuridici.

Ad eliminare quindi la esposta indipendenza il Codice Napoleone pel primo, nel regolare i dritti di ciascuno nell'edificio diviso, con l'art. 664 (3) impose a tutti di ricostruire in comune quei muri maestri, che ciascuno da assoluto padrone ricostruir doveva da se solo. Ed in conseguenza di tale disposizione il proprietario del rispettivo piano, divenuto condomino dei muri maestri, divenne consocio al dominio del suolo cui gli stessi muri erano incorporati.

Con si semplice e legale comunione attribuita al solo dominio, uno dei tre attribuiti inerenti alla proprietà dei muri maestri, il Legislatore venne a stabilire nella proprietà fabbricata una novella relazione *mediata* tra superficie e suolo, che nell'antico dritto non esisteva.

Così dal Codice Napoleone trovasi sapientemente stabilito il condominio, che è stato ancora dalle nostre leggi imperanti accettato e diffusamente trattato con disposizioni molteplici si, ma siffattamente armoniche, da vincere quelle contraddizioni che i lettori del Codice, pria di indagarne il vero concetto, facilmente rilevano dalle espressioni usate nella compilazione dei distinti articoli delle leggi (4).

---

(1) Fram. 2 D. XLIII, 8 de superf.

(2) Fram. 15 D. XX, 4 Quid.

(3) *Cod. Fran. Art. 562. Cod. Ital.*

(4) V. La Scienza del Fondo, Vol. I. — Balsamo

L'abolizione dunque della servitù, *oneris foerendi* è la surroga del condominio nella proprietà fabbricata, sono due disposizioni valevoli a stabilire il principio.

Che una superficie pertinente ad un fondo di privato dominio qualora costituisca oggetto di godimento al fondo vicino come una terrazza, ovvero, che staccata per ragione di pubblica utilità da un fondo privato come nella apertura od allargamento di una strada, si unisca per accessione virtuale ad altro fondo (1) acquista il carattere di *Bene* ed accresce il valore del fondo cui si unisce, ma da se sola non può giammai rappresentare una proprietà fondiale distinta ed indipendente dallo stesso suolo cui va riferita.

Laonde sarebbe ora un fuor d'opera arrabbattarsi a dimostrare il contrario, per distruggere un principio indiscutibile di dritto e far rivivere quello errore, che il legislatore istesso sapientemente ha abolito.

Parte accessoria o sottosuolo

È un fatto indiscutibile che il più delle volte fanno parte di un fondo di terra ed anche di una proprietà fabbricata, talune cose, le quali sono estranee alla produzione; ma avuto riguardo alla loro origine e ad un antico patto sociale, o meglio alla tacita annuenza della Autorità Amministrativa, si ritengono quali parti integranti della proprietà del fondo cui aderiscono.

Tali sono i sedimenti di pozzolana, di rena, di lapilli alluvionali, non che le concrezioni tufacee che in varie epoche ed in vari modi sonosi geologicamente rassodate. Nè vanno esclusi i basalti eruttati da vulcani, che fermati e consolidati in varie stratificazioni costituiscono, quasi diremmo, un novello suolo. Or tutti gli enunciati materiali che formano strati indipendenti da quelli atti alla produzione, i Geologi e con essi i Giuristi li rappresentano quali elementi componenti il sottosuolo, per distinguerli dagli elementi produttori che compongono il soprassuolo. In breve la legge distingue l'Area, cioè il suolo e la superficie che giuridicamente costituiscono il Fondo, dalle altre cose che sono semplici accessioni e non hanno con le prime altro di comune, fuori la congiunzione materiale o aderenza fisica col suolo istesso.

Tutte le quali cose comprese nella dizione di sottosuolo costituiscono una proprietà accessoria, il di cui carattere la distingue dalla proprietà principale del suolo, senza però separarla; e ciò sia per le funzioni della sua immobilità, sia per gli stessi suoi attributi che sono dipendenti e subordinati agli attributi della parte principale. Ciò trova riscontro nella Scienza economica che nel trasferimento del fondo circoscrive l'elemento

(1) Idem. Vol. I, pag. 81, § 2. Accessione giuridica.

valutabile al solo profitto del suolo o che derivi dalla produzione o da un reddito accertato, senza punto curare le accessioni, che pure fanno parte del fondo cui sono subordinate. Subordinazione che mantiene in freno lo stesso proprietario, il quale nel trasferire il dominio del proprio fondo, trova, senza volerlo, trasferita ancora la parte accessoria, giusta la massima di dritto - *Accessorium sequitur principale*. E volendo disporre delle accessioni ne può staccare tanta parte quanta mobilizzata ne basti ai propri bisogni, ed in modo che la parte staccata non turbi la immobilità della dipendenza istessa.

Così il proprietario di un fondo praticando un antro o un vacuo nel monte tufo, ovvero un cunicolo nello strato solido di pozzolana, o di arenaria, purchè cotesti solidi siano di accessione al fondo suo, avrà mobilizzato il materiale estratto, e del vuoto ne avrà costituito un *Bene*, di cui potrà servirsi come si è servito del materiale estratto, senza però che cotesto Bene acquistasse una relazione diretta od *immediata* con la superficie attinentesi alla parte principale, che è il fondo. — E laddove cotesto vacuo, cotesto *Bene* passasse nel possesso alieno, non sarà lecito al novello possessore ampliarne le dimensioni, dovendo nel proprio interesse rispettarne la forma acquistata *jure dominii;* come rispettar ne deve la sostanza del solido che contiene il vacuo, nello interesse della proprietà fondiale al di cui proprietario il solido si appartiene *jure accessionis*.

In una parola, il sottosuolo per diritto di proprietà va soggetto a smembramenti, sempre però limitati perchè subordinati alla esistenza del fondo superiore che ne forma la parte principale. Da ciò il principio indiscutibile che il proprietario non possa distruggere il proprio fondo per servirsi delle accessioni, pel noto principio, che distrutta la parte principale si perde *de jure* la proprietà delle accessioni le di cui relazioni, in particolar modo di continuità e di resistenza, si trasmettono e si colligano immediatamente al sottosuolo dei fondi laterali, cui per adesione restano congiunti.

In generale il proprietario di un fondo può mobilizzare una parte delle accessioni e servirsene, come può mobilizzare, appropriarsi e servirsi delle cose appartenenti nell'uso alla intera famiglia sociale, a differenza che la appropriazione delle accessioni egli la effettua pel Dritto Civile, *jure dominii*, subordinatamente al fondo proprio; mentre che l'appropriazione delle altre cose la effettua *jure universitatis* col semplice titolo di preferenza concesso al primo occupante e ciò con le norme delle leggi Amministrative.

Dalla reassunzione delle sparse idee risulta che la proprietà fondiale merita di essere studiata profondamente dai cultori della scienza legale, coordinando tutte le leggi che sapientemente la regolano. Coordinate quindi le leggi del D. C. esse ci dimostrano che la superficie non possa da se sola rappresentare un dritto di proprietà indipendente dal suolo cui va riferita. Ci mostrano

pure che il sottosuolo non possa separarsi dal soprassuolo, nè appartenere a proprietarii diversi. Sol che però del sottosuolo mobilizzatane una parte, questa ne costituisce una proprietà mobiliare di privato dominio, ed il vacuo di risulta ne rappresenta un *Bene*, cioè un semplice diritto di proprietà anche alienabile, suscettivo di un uso; ma che l'uso suo non turbi la esistenza del fondo superiore, nè l'equilibrio delle masse accessorie che unite formano il valido piano di posa della parte principale, qual'è il fondo cui si appartengano.

Ing. Pasquale Balsamo

PARTE SECONDA - GIURISPRUDENZA

CASSAZIONE DI NAPOLI — *31 luglio 1897*

CIAMPA *PP.* — LOFFREDO *Est.*

Comune di Melito c.° Ramirez

Ricorso — Copia — Sottoscrizione dell'avvocato — Decisione della Camera del Contenzioso — Sovrana approvazione — Inefficacia — Perenzione (art. 525 C. P. C. e L. 29 maggio 1817)

a) *Non è necessario che la sottoscrizione dell'avvocato venga apposta anche nella copia del ricorso per cassazione a notificarsi* (1).

b) *Il reclamo da ordinanza del commissario ripartitore, accolto dalla Camera del Contenzioso, e non riprodotto dopo l'abolizione del Contenzioso amministrativo ha fatto passaggio in cosa giudicata, essendosi perenta la decisione di quel magistrato, che costituisce un provvedimento sottoposto alla decisione sovrana, quando da questa non era susseguita.*

La Corte ha considerato che la questione è sollevata col ricorso del Comune di Melito Porto Salvo avverso la sentenza della Corte di Appello di Catanzaro del 24 giugno 1895, e si origina da che nella controversia pendente se la servitù di pascolo e di legna da' cittadini esercitata sui fondi fuori demanio, ora posseduti dai signori Ramirez, desse diritto al Comune di ottenere soltanto un compenso estimativo, ovvero un distacco di parte di detti fondi come per gli usi civici, il Prefetto Cornero in qualità di Commissario ripartitore con Ordinanza del 16 giugno 1863, disposto lo scioglimento di pro-

(1) Nello stesso: Cass. Roma, 18 marzo 1882 (*La Legge* 1882, vol. II, pag. 363); Cass. Palermo, 1° agosto 1885 (*ivi*, 1886, vol. I, 554); Cass. Napoli, 9 giugno 1894 (*ivi*, 1894, vol. II, pag. 692).

miscuità della servitù suddetta, aveva ordinato di quei fondi lo accantonamento della quarta parte in favore del Comune. Ma sovra reclamo de' Ramirez la Camera del Contenzioso Amministrativo presso la Gran Corte de' Conti prima, e poi il Supremo Consiglio Amministrativo avevano avvisato di revocarsi quanto di detta Ordinanza concerneva il disposto accantonamento. Se non che intervenuta la Legge abolitiva del Contenzioso Amministrativo del 20 marzo 1865 quando la decisione della Camera del Contenzioso qui cennata non era peranco stata resa esecutoria dalla Sovrana approvazione, e non credutosi da' Ramirez di dovere portare il detto reclamo a cognizione della Corte di Appello, il Comune ottenne che, in esecuzione della Ordinanza Cornero su enunciata, fosse, giusta il progetto dell' Agente Demaniale, con altra Ordinanza del Prefetto del dicembre 1894 disposto a favor suo lo accantonamento di fondi equivalenti. Ha ritenuto essendosi in appello, che alla perenzione del gravame avverso l' Ordinanza Cornero abbia fatto ostacolo la decisione della Camera del Contenzioso suindicato quantunque rimasta priva di Sovrana approvazione, e integro sia quindi il diritto di fare discutere il gravame medesimo, è perciò che l'adottata risoluzione è ora denunziata col ricorso del Comune: come di detto ricorso è eccepita la inammessibilità sia per essere la copia sfornita delle firme degli Avvocati del ricorrente, sia per non essersi fatto deposito delle Ordinanze e decisioni attinenti al ricorso medesimo.

Di cotesta eccezione, si guardi l' uno o l' altro dei due aspetti sotto i quali vedesi dedotta, vien fatto scorgere agevolmente come non sia fatta per colpire al segno. La legge vuole che il ricorso sia sottoscritto dall' avvocato, ma non si chiede che sia dal medesimo sottoscritta anche la copia da notificare all'altra parte a tenore dell' art. 525 cod. proc. civ.; impone soltanto che l' atto di notificazione sia scritto e sottoscritto dall' Usciere sull' originale e sulla copia. Il che importa che l'Usciere dando copia del ricorso nella sua integrità, attesta della sottoscrizione dell'Avvocato sull' originale, ch' è quanto é richiesto per la legalità dell'atto e per gli effetti giuridici che ne promanano: e così attestando, rende inutile che la copia notificata sia, al pari dell'originale, anch'essa sottoscritta dall'Avvocato.

Nè meglio fondato è l'altro motivo. Che quali, oltre la copia autentica della sentenza impugnata, sieno i documenti necessarii alla cui presentazione l'ammessibilità del ricorso è subordinato, è detto nell'art. 523: essi sono i documenti sui quali il ricorso è fondato. Ora il presente ricorso essendo diretto non a discutere se l'accantonamento sia stato bene ammesso dal Cornero, o bene niegato dalla Camera del Contenzioso e dal Supremo Consiglio Amministrativo, ma circoscritto a vedere soltanto se priva dell' approvazione Sovrana valesse la decisione di detta Camera del Contenzioso dopo la legge abolitiva del Conten-

zioso Amministrativo, a difendere dalla perenzione il reclamo sul quale la decisione ebbe luogo, è manifesto che è della qualità giurisdizionale, non del contenuto di dette decisioni che la Corte regolatrice è chiamata ora a conoscere. E ciò rilevato, ognun vede che a discutere del ricorso documenti ed atti necessarii non sono certamente l'ordinanza e le decisioni suddette, e tanto meno ponno essere tali reputate le Ordinanze de' Commissarii ripartitori precedenti; onde la niuna utilità di annettere alla sentenza impugnata le ordinanze e decisioni enunciate, onde la inapplicabilità dell'art. 528 C. P. C.

In ordine al merito del ricorso ha considerato, che non immeritatamente la sentenza suddetta è fatta segno a censura. Che per ritenere del gravame avverso l'Ordinanza Cordero ostacolata la perenzione dalla decisione della Camera del Contenzioso è stato mestieri attribuire a questa una virtù operativa che senza la Sovrana approvazione non aveva, in che sta l'errore fondamentale di essa sentenza. Per la Legge organica della Gran Corte dei Conti del 29 maggio 1817 la Camera del contenzioso amministrativo, ch'era incaricata di esaminare i gravami avverso le Ordinanze dei Commissari ripartitori, come dei Consigli d'Intendenza, conosceva di detti gravami, ma le sue decisioni, subordinate come erano alla Sovrana approvazione, non divenivano pronunziati definitivi che con l'approvazione istessa; sì che era dal R. Rescritto relativo che decisioni siffatte attingevano la *potestas judicati*, art. 10 e 17 L. cit., e R. Decr. 13 marzo 1820. E non è da farne meraviglia, avuto riguardo agli ordinamenti pubblici del tempo, atteso che cardine qual'era della pubblica amministrazione, l'imperante supremo allora in se concentrava in una al principio direttivo dell'amministrazione medesima, la potestà giurisdizionale nelle controversie del Contenzioso Amministrativo; e cotesta potestà si esplicava ne' giudizii di secondo grado avanti la Camera del Contenzioso integrando col verbo regio le decisioni della medesima. E da ciò scaturisce chiaro che sino a che l'approvazione Sovrana non interveniva, la decisione rimaneva allo stato di semplice avviso; e quale che della Camera del Contenzioso fosse stata la difformità di vedere rispetto all'Ordinanza gravata del Commissario ripartitore, gli effetti di questa non potessero dalla decisione di detta Camera reputarsi modificati se non quando fosse intervenuto il R. Rescritto di approvazione.

Ora ciò rilevato, poichè la decisione della Camera del Contenzioso del 9 marzo 1864, come l'altra del Supremo Consiglio Amministrativo del 10 marzo 1865 trovavansi non peranco validate di Sovrana approvazione quando la legge abolitiva del Contenzioso Amministrativo sopravvenne nel 20 marzo 1865, indeclinabile è la conseguenza della perenzione del gravame che di dette decisioni era stato obbietto. Chè con detta Legge abolite le giurisdizioni del Contenzioso Ammi-

nistrativo, le controversie pendenti andarono devolute alla giurisdizione ordinaria di primo e secondo grado a seconda dello stadio in cui allora trovavasi la lite, e per quelli di secondo grado nell'art. 14 fu detto espressamente, che in qualunque stato le medesime si trovassero, ed ancorchè fossero intervenuti gli avvisi cui doveva seguire la Sovrana approvazione per legge, dovevano portarsi al Tribunale od alla Corte di Appello secondo le ordinarie norme di competenza. E stando cotesta norma, è chiarissimo, che essendo la decisione di detta Camera del 9 marzo 1864 rimasta priva di effetti giuridici, doveva esser cura de' signori Ramirez che il reclamo da essi portato avverso l'Ordinanza Cornero del 16 giugno 1863 fosse, a norma di detta disposizione, tradotta avanti la Corte di Appello, e provocatane la discussione con la procedura ordinaria; chè tanto quella disposizione importava. Invece niente di ciò essi fecero; e lasciati così decorrere ben oltre i tre anni necessarii per la perenzione, non poteva il loro reclamo, che altro non era che appello, non perimersi anche esso: e si sa che la perenzione ne'giudizii di appello dà forza di cosa giudicata alla sentenza impugnata, e però si lasciava passare in giudicato l'Ordinanza del Cornero dianzi indicata. Per lo chè è ormai evidente che non ha la Corte giudicatrice potuto andare, come ha fatto, in avviso diverso, senza sconoscere l'indole che la Legge del 1817 attribuiva alle decisioni della Camera del Contenzioso, senza dimenticare l'art. 14 della Legge 20 marzo 1865, e senza violare gli articoli 338 e 341 cod. proc. civ. Quindi ciò bastando a far cassare la denunziata sentenza mercè lo accoglimento del primo de' motivi di ricorso, non accade discutere i motivi ulteriori. E cassando la sentenza, è mestieri rinviare la causa per nuovo esame avanti altra Corte, alla quale può demandarsi di provvedere anche circa le spese del presente giudizio, e disporre intanto la restituzione del deposito al Comune ricorrente, a tenore degli art. 542 e 544 cod. proc. civ.

Cassazione di Napoli — *8 agosto 1897*

Ciampa *P. P.* — Loffredo *Est.*

Antellitano c.° Comune di Squillace

Competenza — Pretore — Pagamento di annualità di somme entro le L. 1500 — Titolo non controverso (art. 76 proc. civ.).

Prescrizione — Concessione — Titolo non rinnovato — Canoni — Pagamento — Sospensione (art. 1593 e 2129 cod. civ.).

È competente il Pretore quando si tratta di pagamento di annualità di somme non eccedenti le L. 1500, e il titolo costitutivo non è caduto in controversia.

La facoltà, che l'art. 1563 lascia al concedente di chiedere dal possessore del fondo enfiteutico la ricognizione del proprio diritto ogni ventinove anni per provvedersi contro il decorso della prescrizione, non toglie gli effetti delle cause che impediscono o sospendono civilmente il corso della prescrizione.

La Corte ha considerato che Bonaventura Antillitano, possessore di terre del Comune di Squillace in contrada Caria, che provenienti da sedici quotisti erano nel 1828 state dal Comune riconcedute al di lui autore con obbligo d' un annuo canone di Lire 190,40, convenuto avanti il Pretore di Borgia pel pagamento delle due annualità 1891 e 1892, declinava la competenza del Pretore, niegava il possesso di alcune terre, eccepiva la prescrizione trentennale per mancata rinnovazione del titolo di concessione: e poichè in appello il Tribunale di Catanzaro, respinte le eccezioni di incompetenza e di prescrizione, si fermava la condanna al pagamento stata inflitta dal Pretore, ora denunzia la relativa sentenza del 30 gennajo 1895 dicendola errata sotto ciascuno de' rapporti su indicati. Però vien fatto scorgere agevolmente come a sorreggere il ricorso non ponno i dedotti motivi essere valevoli.

E per verità la querela circa la competenza ritenuta del Pretore non trova conforto nella legge, l'azione promossa dal Comune essendo non ad altro diretta che ad ottenere il pagamento di due annualità, il cui titolo non era messo in controversia, era d'indole indubbiamente personale, e non eccedendo in complesso la somma di L. 380,80 non superava la competenza del Pretore. L' incompetenza si sarebbe determinata in applicazione dell'art. 76 C. P. C. qualora fosse caduto in contestazione il titolo costitutivo e quindi il diritto che per la riscossione ne derivava. Ma rimasto incontrastato il diritto del concedente, e non mutata l' indole della controversia, non poteva la competenza essere desunta che dallo ammontare delle annualità domandate, ed era quella del Pretore. Vero è che il Tribunale ritenne la competenza del Pretore in base ad altra considerazione che certamente è erronea, quella di avere reputato dipendente la dimanda non dall'unico titolo di concessione invocato dal Comune, ma da quelli precedentemente interceduti co' singoli quotisti, e di avere creduto trovare così la risoluzione nell' art. 73 Cod. civ. Ma messa da canto cotesta ragione, la risoluzione non può mutare, sorretta qual' è dalla nuova ragione di diritto ch' è dianzi accennata, e che non è vietato di sostituire quella errata.

In ordine poi al merito della controversia, è indarno denunziata la sentenza in quanto all'aver ritenuto rispondenti all'annualità domandata i fondi dal ricorrente posseduti. È questa una risoluzione di fatto, che non comportando riesame da parte della Corte regolatrice, non è proficuamente denunziata alla medesima. Rimane la

questione circa la prescrizione trentennale, che è stata dal ricorrente invocata per non essersi proceduto a titolo di ricognizione del diritto del Comune dal 1828 in qua, fu dal Tribunale esclusa, atteso il fatto non niegato del pagamento adempiuto sino al 1890; ma cotesta questione non può comportare una risoluzione diversa da quella stata adottata. La facoltà che l'art. 1563 C. C. lascia al concedente di chiedere dal possessore del fondo enfiteutico la ricognizione del proprio diritto ogni ventinove anni per premunirsi contro il decorso della prescrizione, non toglie al medesimo di valersi degli altri modi di interruzione dalla legge riconosciuti, posto che di detta facoltà non si sia fatto uso.

Ora per l'art. 2129 Cod. civ. la prescrizione è civilmente interrotta quando il debitore o il possessore riconosce il diritto di quello contro cui era cominciata; e il riconoscimento non può non desumersi dal pagamento delle annualità stato successivamente adempiuto, potendo essere non pure espresso ma tacito, e non essendo compatibile il fatto del pagamento con la volontà di non riconoscere il diritto al quale si riferisce. Che le annualità siano state pagate sino al 1890 non è dubbio; lo stesso Antellitano nol niega, limitandosi a dire ora soltanto, con postuma deduzione che non può in questo stadio essere attesa, di avere pagato per errore. E messo ciò, vedon tutti come, non facendo difetto la prova della interruzione, la prescrizione a buon diritto non sia stata ammessa. E però, fatto esame de' mezzi dedotti, risultando non accettabile il ricorso, è mestieri sia respinto, con condanna del ricorrente nelle spese del relativo giudizio e nella perdita del deposito, a tenore dell'art. 541 C. P. C.

La Corte ecc. ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI NAPOLI — *8 agosto 1897*

CIAMPA *PP.* — LOFFREDO *Est.*

Di Gioia c.° di Gioia

Tutore — Azione per restituzione di mobili al minore — Natura — Prescrizione — Sospensione (art. 283, 290, 291, 309 C. C).

a) *L'azione per restituzione di mobili del tutore non è in rivendicatoria, ma parte integrale del giudizio di conto tutelare, e però va soggetta alla prescrizione decennale e non alla trentennale.*

b) *Ancorchè non siasi chiesto il conto fra i dieci anni, la prescrizione non resta sospesa oltre il giorno della maggiore età.*

La Corte ha considerato che la questione è suscitata da Annina di Gioia, la quale divenuta maggiore nel 25 dicembre 1878, non prima

del 20 aprile 1893 si fece da Teodoro di Gioia, già suo tutore dativo, a chiedere conto dei mobili della paterna eredità rimasti per l'assunta tutela al medesimo affidati nell'inventario del 1869, e per essi a chiedere il pagamento della somma equivalente, e stante che in appello la Corte di Trani ritenendo soggetta l'azione a prescrizione decennale perchè relativa alla tutela, e non impedito il corso di detta prescrizione oltre la età maggiore dell'istante, dichiarò prescritta l'azione medesima, costei si fa ora a denunziare la relativa sentenza del 18 gennaio 1896 per essersi la decennale male applicata alla proposta azione ch'essendo di revindicazione e non di rendiconto non comporterebbe che la prescrizione trentennale, non che per essersi della stessa decennale non ammessa la sospensione oltre il giorno della sua maggiore età.

Ha considerato essere escogitazione dell'ultima vigilia quella di dare sembianza di revindicatoria all'azione proposta. Non sono i mobili quelli che si siano venuti reclamando contro il convenuto perchè in possesso del medesimo, nè n'è stato chiesto il valore a titolo di risarcimento per non possibilità di restituzione esercitandosi l'*utilis rei vendicatio*. Ciò che con l'atto istitutivo del giudizio si venne rilevando su l'obbligo del convenuto di rispondere del contante e del valore dei mobili dell'eredità che gli erano stati affidati in conseguenza della gestione tutoria da lui assunta, e fu in rapporto alla responsabilità così determinata che del medesimo fu chiesta la condanna al pagamento, nè l'azione ha mutato obbiettivo lungo il corso del giudizio di merito, sì che è evidente che obbietto dell'azione era nè più ne meno che la responsabilità tutoria, non la revindicazione. Ora ciò rilevato, bisogna riconoscere che la Corte giudicatrice non errava in ritenere relativa alla tutela la detta azione. Per tanto in effetti può il tutore essere tenuto del contante e dei mobili stati per la sua qualità affidatigli in quanto abbia negletto i doveri della commessagli amministrazione o ne abbia abusato, non ottemperando alle norme dettate in quanto ai mobili negli art. 283, 290 e 291, e in quanto al numerario nell'art. 287 C. C. nè l'uso fattone giustificando. E però ognun vede che chiedere la restituzione del numerario e il pagamento del valore di detti mobili equivale a chiedere il conto dell'amministrazione del numerario e dei mobili medesimi. Ed essendo ciò innegabile, vano è lo studio di evitare l'applicazione dell'art. 309 C. C., e quindi la prescrizione speciale di dieci anni che per le azioni del minore contro il tutore relative alla tutela è quivi dettata, e nella quale l'azione in esame risulta incorsa indubbiamente.

Che non più plausibile è la conseguenza che per la vagheggiata sospensione di detta prescrizione sino al termine del decennio si crede trarre dal disposto dell'art. 2119 C. C. Non vi ha chi neghi

che le disposizioni relative alla interruzione e sospensione del corso delle prescrizioni valgono per la prescrizione speciale dell'azione del minore relative alla tutela, come per quella ordinaria: se non che le dette disposizioni, e quindi quella per il caso in esame dell'art. 2119, vanno intese ed applicate *prout de jure* coordinandole all' altra dell'art. 309 su citato. L' art. 2119 dettando che fra il minore ed il tutore non corre prescrizione fino a che non sia cessata la tutela e ne sia reso ed approvato il conto definitivo, sancisce la regola indubbiamente. Ma cotesta regola non è senza eccezione, che se tal fosse la prescrizione decennale dell'art. 309 non sarebbe più possibile, e non puossi ammettere che il legislatore abbia dettata una disposizione che porti in se stessa la inattendibilità. Ond' è che distinto essendo il caso in cui il conto tutorio siasi reso, da quello in cui non lo si sia, è forza concludere che la sospensione sino all'approvazione del conto riferibile alla prima delle due ipotesi ch'è quella prevista dall'art. 2119, trovi limite nella seconda ipotesi sino al giorno della maggiore età o della morte dell'amministrato, limite senza il quale la speciale prescrizione dell'art. 309, come si è già cennato, non avrebbe modo di attuazione. E non si obbietti che il corso della prescrizione in questa ipotesi non s' inizi per lo meno che nel 16 maggio 1883 quando ebbe luogo la divisione del patrimonio paterno. Cosa abbia a fare quella divisione con la sospensione della prescrizione in verità non riesce intendere. Fatto esame dell'istrumento relativo, la Corte giudicatrice desunse essersi in quello dall'attrice riconosciuto l'operato del tutore, non ne desunse altro. Or da ciò non è dato trarre che due ipotesi, quella che il conto sia stato reso ed accettato, ovvero l' altra che non siasi reso; e se nell' un caso l'avvenuta accettazione avrebbe fatto ostacolo alla proposta azione, nell' altro nulla ostava a che la prescrizione decennale facesse il suo corso. Laonde il ricorso si palesa non accettabile anche da questo verso e però dovendo essere respinto, è mestieri che la ricorrente ora sopporti la condanna alle spese relative, e la perdita del deposito, a tenore dell'art. 541 C. P. C.

La Corte ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI NAPOLI — *19 agosto 1897*

CIAMPA *P. P.* — LOFFREDO *Est.*

Sorrentino c.° Cedrola

Competenza — Quistione — Cassazione — Limiti — Via vicinale— Diritto di passaggio — Azione negativa.

a) *Può la quistione di competenza promuoversi per la prima volta in Corte di Cassazione anche di ufficio, meno se coverta dal giudicato.*

b) *Riconosciuto al possidente che, per una via vicinale, esca in una traversa il solo diritto di passaggio, non gli compete, contro il vicino, azione negatoria.*

Ha considerato che acquirenti di taluni fondi ai quali fa limite un'antica via vicinale presso Castel Ruggiero, Gerardo e Giovanni Sorrentino credendo avere acquistato anche il dominio o per lo meno il condominio di altra via traversa, che, dalla via pubblica Capravizzo traverso gli orti di Mariosa e Cedrola, dà accesso a detta vicinale e di là ad un punto dei detti loro fondi, convenivano Pietro ed Antonio Cedrola avanti il Pretore di Torre Orsaia, chiedendo in una alla rimozione di una grondaia la chiusura di alcune vedute state dai medesimi aperte in un loro casamento a distanza dal limite di detta traversa minore di quella consentita rispetto alla proprietà del vicino. Invece dai convenuti erano opposte le eccezioni d'incompetenza per ragione di valore e di carenza di azione. Senonchè quantnnque fossero state respinte entrambe le eccezioni ed accolta la dimanda, non vi fu appello dei Cedrola che soltanto in quanto al merito. E stante che il Tribunale di Vallo Lucano, stato in avviso opposto a quello del Pretore, ritenne non competere ai Sorrentino altro diritto da quello di passaggio e rigettò la domanda, i medesimi denunziano la relativa sentenza del 30 maggio 1896 per la non rilevata incompetenza del Pretore, nonchè per l'errore da cui vogliono scaturita la decisione, e che dicono prevalso da un verso attribuendosi, per trascurato esame di documenti, la comproprietà della via ai Cedrola invece che ad essi ricorrenti, e non riconoscendosi, dall'altro, di loro condominio una via che pure era qualificata vicinale.

Ha considerato che in quanto tiene alla questione di competenza del Pretore a conoscere dell'azione promossa il ricorso è a reputarsi destituito di valore. È vero che la incompetenza assoluta va dichiarata anche di uffizio e non essendo stata rilevata dai giudicanti del merito può dare ragione di ricorso per cassazione, eccetto però che la questione non trovasi già risoluta e coverta dal giudicato. La *res judicata*, chiude l'adito ad ogni nuova disquisizione, e in ciò trova riscontro il caso dei Sorrentino, avendo essi indubbiamente accettato la sentenza del 29 febbraio 1896 che la eccezione proposta d'incompetenza aveva respinta.

In quanto poi alla controversia del merito, alla quale gli altri mezzi di ricorso si riferiscono, bisogna riconoscere che quantunque sian questi studiosamente ricercati, non valevoli nondimeno si palesano a rimuovere l'adottata risoluzione. Tutto intero il ricorso si svolge sopra un'ipotesi che si dà per fatto, quella cioè che la via ora contesa sia la vicinale lungo la quale si stendono i fondi che già appartenuti ai Torraca ed al Savino sono oggi proprietà dei Sorrentino e che di detta vicinale faccia parte. Ma che la via contesa non sia

quella che costeggia la proprietà Sorrentino non è dubbio, è la giacitura dei luoghi che lo dimostra, e che sia a reputarne parte è escluso dal Tribunale con avere rilevato il fatto di essere essa nello intero percorso sino allo incontro della vicinale suddetta tutta tra i soli due orti di Cedrola e di Mariosa. E ciò rilevato, s'intende essere quella traversa stata detta vicinale nei rapporti soltanto dei Cedrola e dei Mariosa, dalla cui proprietà era sta ricavata, non ne' rapporti dei frontisti dell'altra via superiore della quale era reputata non far parte; e di qui la conseguenza legittima che al dominio od almeno al condominio di detta traversa i Sorrentino non potendo avere ragione quali frontisti che non l'erano, non altrimenti potessero aspirare che dimostrandone l'acquisto che, da essi non fatto, fosse stato trasmesso dai loro danti causa. Ora cotesto esame risulta accuratamente nella sentenza, e non sui soli documenti dei Cedrola. ma specialmente su quelli di essi Sorrentino, ed è mercè siffatto esame che il Tribunale giustifica il suo convincimento di non avere su detta traversa i Sorrentino altro dritto di quello trasmesso dai loro danti causa, e questi non averne avuto altro da quello della servitù attiva di passare per la medesima. Questi essendo i criteri ai quali la sentenza s'informa, bisogna riconoscere che è indarno denunziare la risoluzione a questa Corte regolatrice, essendo quella fondata sopra apprezzamenti di fatto che non includendo violazioni di legge non comportano censura, e che non valevole a schivare siffatto ostacolo legale è lo studio che si pone, da un verso opponendo alla sentenza la trascuranza dei documenti, apponendole dall'altro la inconseguenza legale di non avere riconosciuto il condominio di essi Sorrentino su detta traversa di cui non si niegava la qualità vicinale, e non è studio valevole, perchè inesistente é il primo di detti addebiti come dalla sentenza è palese, e parimenti inesistente è il secondo, una volta che la traversa è ritenuto non far parte dell'altra via che alla proprietà Sorrentino è immediata, ond'è che come il primo, infondati sono a reputare anche gli altri quattro mezzi del ricorso. Rimane l'ultimo mezzo con cui s'intende a combattere la compatibilità delle servitù di veduta e di stillicidio sulla via vicinale ritenuta nella sentenza medesima. Ma non essendo questo valso pei giudicanti che quale argomento accessorio, e la ragione decidente essendo tutta in quanto è dianzi enunciata, onninamente ozioso è discutere cotesto mezzo. Si che deve senz'altro, il ricorso essere respinto, e devono in conseguenza i ricorrenti ora sopportare in una alla condanna delle spese relative, la perdita del deposito, giusta l'art. 541 C. P. C.

La Corte ecc.

CASSAZIONE DI NAPOLI — *21 agosto 1897*

CIAMPA *P. P.* — TORALDO *Est.*

Ricci (avv. di Lorenzo) c.º Cozzi (avv. Testa)

Sentenza di vendita — Perenzione — Inattendibile — Creditore — Cessionario — Surroga (art. 2085 C. C.).

a) *Il procedimento posteriore alla sentenza di vendita che compie l'obbiettivo della istanza di spropriazione non può essere colpito dalla speciale decadenza sancita nell'art. 2085 C. C.*

b) *La domanda di surroga vuolsi proporre contro il creditore precedente, ancorchè negligente per essere stato soddisfatto del suo credito, e non contro il cessionario di lui.*

Alessandro Cozzi citò Luigi Riccio avanti il Tribunale di Cassino e chiese di essere a costui surrogato nella spropriazione promossa contro certi signori Porcaldi. Riccio eccepì che la domanda doveva essere respinta sia perchè la istanza di spropriazione, stata abbandonata per lo spazio di più di un anno, era caduta nel nulla e non si può essere surrogati in un procedimento estinto e sia perchè avendo egli ceduto il suo credito a Rosa Campo, della quale cessione, annotata a margine della sua iscrizione ipotecaria contro i debitori Porcellati, lo istante aveva avuto conoscenza in occasione di altra domanda di surroga, la novella istanza, se pure ammissisile, doveva contro la Campo essere proposta.

Il Tribunale con sentenza del 15-20 Febbrajo 1895, esaminata e respinta questa seconda deduzione e trascurata affatto la prima, accolse la domanda.

In appello la Corte con la denunziata sentenza del 12-17 Febbrajo 1896 confermò quella del Tribunale ed in ordine alla eccezione di perenzione esternò, che essa non poteva essere fatta da colui che vi aveva dato causa con la sua negligenza. Riccio ricorse affidando il gravame a 5 mezzi.

La Corte ha considerato in dritto che col 1º e 2º mezzo il ricorrente denuncia la violazione dell'ultimo capoverso dell'art. 2085 del c. c., il quale dispone che « se l'istanza di spropriazione è stata abbandonata per lo spazio di un anno, cessano gli effetti del primo capoverso ». Se dunque, dice Riccio, per l'abbandono annale della istanza di spropriazione il provvedimento esecutivo cade nel nulla, sì che cessano gli effetti delle trascrizioni del precetto, la immobilizzazione cioè di frutti ed il sequestro giudiziale di fondi pegnorati. Se è assurdo pretendere di essere surrogati in un procedimento non più esistente; se codesto possono dedurlo tutti coloro che hanno interesse ad opporsi alla domanda di surroga, e massime colui contro

del quale la domanda stessa sia stata proposta; se tutto questo è vero, appare a fiore di evidenza l'errore della sentenza denunciata, la quale non fece dritto alla eccezione del ricorrente, solo perchè egli con la sua negligenza aveva cagionato la cessazione degli effetti della trascrizione del precetto e l'annullamento della procedura. Questa censura però non regge. Pure ammesso che il motivo pel quale la eccezione fu respinta, non possa meritare il plauso del Supremo Collegio, non per questo la parte dispositiva della sentenza potrebbesi annullare, ove altrimenti fosse giustificata. In tale ipotesi la Cassazione dovrebbe, censurando la motivazione, tener ferma nel dippiù la sentenza.

Ora è notevole, che quando la domanda di surroga fu dal resistente avanzata e quando la eccezione dell'annullamento della procedura fu dal ricorrente dedotta allo scopo di far respingere quella domanda, la istanza di spropriazione era stata accolta con la sentenza che aveva autorizzata la vendita degl' immobili pegnorati.

Dopo questa sentenza è poco giuridico e niente legale discorrere dell'abbandono dell' istanza di spropriazione e degli effetti che ne derivano ai sensi del ricordato art. 2085. Cotesta istanza, costituita dall' insieme degli atti, i quali mirano allo scopo di far promuovere la vendita degl' immobili pegnorati, si concreta e raggiunge il suo obbietto con la sentenza che autorizza la vendita, sentenza la quale per cosiffatta ragione l'art. 616 c. p. c. appella di spropriazione.

Ciò posto, è facile rilevare che come la perenzione di istanza, di cui agli articoli 338 e seguenti detto codice, trova un ostacolo insormontabile nella sentenza diffinitiva, che abbia accolta o respinta la istanza, la quale ciò non pertanto vuolsi far ritenere perenta, così lo istituto della cessazione degli effetti della trascrizione del precetto, affine a quello della perenzione, non ha più luogo e non può operare dopo la sentenza di spropriazione, mercè la quale la relativa istanza percorsa intera la via, ha diffinitivamente raggiunto la sua finalità, — non si abbandona quello che più non esiste. Nè giova obbiettare che la istanza di spropriazione si completa con la sentenza di vendita di cui all'art. 685 detto codice e che quindi la sentenza, la quale abbia autorizzato la vendita non impedisce il corso della istanza medesima e rende inapplicabile l'ultimo capoverso dell'art. 2085 c. c.; avvegnacchè un fuggevole sguardo alle disposizioni degli articoli 667 e 685 c. p. c. basterà per convincere che tutto quello che in essi è prescritto, tiene alla esecuzione della sentenza di spropriazione, stadio del procedimento ben diverso da quello chiuso con la detta sentenza, che converti in giudicato la istanza e ne ha come tale soffermato il corso. La formazione del bando, la sua notificazione, affissione ed inserzione sul giornale degli annunzi giudiziarii, gl' incanti ed il modo come debbono essere celebrati ed il

contenuto stesso della sentenza di vendita, dimostrano la verità del concetto testè enunciato. Ove un'altra prova di codesto si richiedesse, sarebbe facile desumerla dalla natura speciale di cotesta sentenza. Essa deve contenere il processo verbale dello incanto, la dichiarazione di chi resta compratore e l'ordine al debitore o sequestratario di rilasciare a costui i beni venduti. Essa dunque consiste nella contestazione di fatti accaduti in presenza del magistrato e delle conseguenze che dai fatti medesimi derivano, fatti e conseguenze che si riattaccano alla sentenza di spropriazione come effetti alla loro causa.

Per questo motivo e perchè la cennata sentenza di vendita a differenza di ogni altra statuizione diffinitiva del giudice nessuna controversia risolve, lo articolo 702 detto codice di procedura la dichiarò non soggetta ad appello. Laonde è chiaro quello che testè fu enunciato, vale a dire che il procedimento posteriore alla sentenza medesima in virtù della quale la istanza di spropriazione, raggiunto il suo obbiettivo, non può essere colpita per abbandono della disposizione dell'art. 2085 C. C. Che il 3° ed il 4° mezzo del ricorso lamentano di essere stato omessa la domanda di surroga contro il ricorrente, tuttochè egli avesse ceduto il suo credito alla signora di Campo, contro la quale la istanza avrebbesi dovuto rivolgere. Ma la censura è evidentemente ingiusta.

Il creditore che chiede la surroga, qualora non lo faccia alla udienza, apprende soltanto dal certificato del Conservatore dell'ipoteche il nome del creditore istante che si rese negligente ed è contro di costui che deve rivolgere la sua istanza quando anche la negligenza derivi dal fatto di essere stato pagato del suo credito il creditore precedente, cosa che il ricorrente dedusse.

L'annotazione in margine della iscrizione ipotecaria della cessione fatta alla signora di Campo non poteva condurre a diverso concetto, appunto perchè la norma pel creditore richiedente sta nel certificato del Conservatore e non nelle possibili annotazioni, che lo istante non ha il dovere di conoscere. Così intesa, la sentenza non può essere censurata neppure per la ritenuta contraddizione.

Che di niun pregio è il 5° mezzo relativo alla condanna alle spese, la quale fu proporzionata alla soccumbenza.

Per questi motivi ecc.

Corte di Cassazione di Napoli — *2 settembre 1897*

Ciampa *PP.* — Abatemarco *Est.*

Simonetti (avv. Fusco) c.° Marazita (avv. Grippo)

Intervento — Modale — Ammissibile — Legato — Ius adrescendi Cessione—Vantaggio (art. 469 proc. civ.; 994 LL. CC. 885 cod. civ.).

a) *L' intervento ad adiuvandum le azioni dell'appellante è ammissibile non ostante il disposto dell'art. 469 C. P. C.*

b) *Il legato col diritto di accrescimento, se ceduto o venduto, anche per la quota che, dopo la cessione, venisse ad accrescersi, profitta a vantaggio del cessionario.*

Il signor Francesco Simonetti con due successivi istrumenti 12 giugno 1879 ed 11 febbraio 1883 mutuò a Francesco e Nicola Marazita juniori oltre a lire centomila ipotecandole in due latifonti denominati Carpinello o Balurra e Civerna in agro di Stigliano, e che i due debitori obbligati in solido *dichiararono di loro proprietà.*

Non soddisfatto alla scadenza il Simonetti spinse l'esecuzione immobiliare. Autorizzata la vendita dopo un lungo procedimento sull'opposizione dei debitori, erasi alla vigilia degl'incanti quando Eligio Marazita zio dei debitori medesimi propose dimanda in separazione affermando di vantare diritti ereditarii sui fondi subastanti qual discendente di Francesco Marazita seniore, bisavolo degli espropriati e quale erede ancora di discendenti di esso. Chiese quindi che procedesse la divisione pel distacco della sua quota indivisa.

Contro questa dimanda eccepì il Simonetti la carenza di azione per avere l'Eligio Marazita con istrumento 28 agosto 1849 ceduto col corrispettivo di un vitalizio ai debitori espropriati tutti i diritti ereditarii sui quali fondava la sua dimanda.

Il Tribunale di Matera con sentenza 13 agosto 1890 respinse la dimanda, ed agl'incanti seguì l'aggiudicazione. Ne appellò Eligio alla Corte di Potenza e v'aderirono gli espropriati, e la Corte con sentenza 11-13 ottobre dell'anno stesso rivocò la sentenza sospendendo gl'incanti fino all'esito del giudizio di divisione.

Questa sentenza in ricorso del Simonetti fu annullata nel 25 maggio 1891 da questo supremo Collegio per contraddizione e difetto di discussione.

In grado di rinvio, insistendo sempre l'Eligio sulla sua domanda, propose intervento in causa Giuseppe di Cicco quale erede testamentario di Prospero Marazita juniore, che non aveva rinunziato ai suoi dritti ereditarii sul patrimonio familiare.

Contro questo intervento Simonetti eccepì l'inammissibilità in dritto e nel merito ne chiese il rigetto.

La Corte di rinvio, con sentenza dei 6-20 febbraio 1893, or denunziata col ricorso, ammise l'intervento di de Cicco, che ritiene *proposto ad adjurandum* quello di Eligio.

Riconobbe il dritto di costui alla separazione sia per la quota d'usufrutto venutogli per accrescimento dopo la cessione del 1849 e sia per le sue spettanze sull'eredità della madre Clemenza Salerno. Discusse i dritti ereditarii dell'interventore de Cicco in relazione all'ammissibilità del suo intervento.

Dichiarò di spettanza esclusiva dei debitori espropriati gran parte del fondo Carpinelli, e, pel restante subastato, abilitò Simonetti a provare che i suddetti suoi debitori l'avevano posseduto pro diviso da oltre un trentennio.

Riservò all'esito della pruova un più largo esame degli atti.

I motivi sui quali il Simonetti fonda il suo ricorso sono otto.

Il primo riguarda l'ammesso intervento di de Cicco, ed appunta la sentenza di contraddizione perchè mentre l'accolse solo per aiutar quella di Eligio si fece ad esaminarle anche le ragioni speciali di de Cicco.

Il secondo tratta della quistione delle quote dell'usufrutto venute per accrescimento ad Eligio, e sostiene essere fallace il criterio della Corte nell'averle escluse dalla cessione del 1849.

Il 3° 4° ed il 5° ed il 6° censurano la sentenza per difetto di discussione sui titoli esibiti, e pel modo di valutarli, e per aver dimenticato che nell'azione di rivendicazione la pruova è a carico del reclamante.

Il settimo addebita alla sentenza omessa discussione sulla specifica deduzione con la quale s'invocava la prescrizione come pel terzo che in buona fede aveva acquistato a titolo oneroso trattando con l'erede apparente.

L'ottavo sostiene che, avendo la Corte riservato decidere *plena inquisitione* dopo la pruova disposta, non doveva pregiudicare la causa anticipando un giudizio pel quale la precedente sentenza della Corte di Potenza fu annullata.

Sul primo mezzo il Collegio Supremo osserva:

Che la Corte esaminò la quistione dell'ammissibilità dell'intervento proprio del de Cicco dal lato dell'interesse che egli poteva avere nel giudizio, e dal lato della forma.

In quanto al primo riconobbe che egli erede testamentario di Prospero Iuniore aveva interesse a che fosse riconosciuta l'indivisione del patrimonio della famiglia Marazita, e quindi ad impedire la pronunzia d'una contraria sentenza. In quanto al secondo non disconvenne che ad un intervento proprio del de Cicco si opponesse l'art. 689 C. P. C. essendo fuori i termini, ed i modi da esso prescritti, però disse che limitato l'intervento medesimo ad una semplice ade-

sione a quello precedentemente e ritualmente fatto da Eligio Marazita *(ad adjuvandum)* non si potesse respingerlo.

Codesta argomentazione, essendo conforme ai principii di dritto, non può essere censurata. Se non che il ricorrente appunta di contraddizione la sentenza come quella che nel consecutivo esame dei documenti fa qualche considerazione riguardante peculiarmente i diritti ereditarii del de Cicco sicchè la dichiarata limitazione dell'intervento nel fatto svanirebbe.

Ma la cassazione non crede che da ciò possa conseguire l'annullamento, ed invero la quistione che si agitava era quella dell'ammissibilità dell'intervento del de Cicco e la Corte la ritenne con le spiegate limitazioni, accettate da costui. Che se nello svolgimento del giudizio accadesse un'esorbitanza dai limiti imposti nella denunziata sentenza, potrà bene il ricorrente richiamare la parte avversa all'osservanza di ciò che ora costituisce cosa giudicata.

Certamente da questo fu discusso ricavarsi che i dritti dell'interventore Eligio, dopo la cessione del 1849 si giudicano alla quota d'accrescimento dell'usufrutto, ed ai dritti successori sull'eredità della madre Clemenza Salerno. Ora poichè sull'usufrutto niun dritto può vantare il de Cicco perchè erede testamentario di Prospero, resta come unico punto di contatto d'interesse fra lui ed Eligio la sola eredità della nominata Clemenza Salerno.

L'intervento qualificato per adesivo perciò non potrebbe essere esteso oltre quanto col suo gravame chiedeva l'Eligio, nella stessa maniera che l'appello, od il ricorso adesivo non può esser discusso fuori dei confini dell'appello, o del ricorso principale. E ciò basta sul primo mezzo. Col secondo mezzo si solleva una quistione che ha diviso grandemente la dottrina antica e la nuova, cioè, se nella vendita, o nella cessione d' un legato avuto col dritto d'accrescere, l'accrescimento posteriore profitti al venditore ed al cedente, piuttosto che al compratore ed al cessionario.

Codesta discrepanza nella dottrina non deve sorprendere, imperocchè il dritto d'accrescimento, sebbene in astratto si presenti d'una grande semplicità, pure nella sua concreta applicazione ha generato per opera degl' interpetri tale casistica che il Bellono, il quale più ampiamente ne ha scritto, ebbe a dirla per *difficilis et obscura, et elegans materia.*

Da Bartolo, per non andare più innanzi, fu sostenuta la tesi favorevole al compratore ed al cessionario. Cujacio fu il primo che vi si oppose, e fu seguito da quasi tutti gli scrittori francesi.

Le due scuole portano due oggetti principali.

Uno ed è di Bartolo, ritiene che l'accettazione delle quote, e del legato col diritto d'accrescimento trae seco ancora quella delle porzioni successive, stante che per l'indivisibilità della disposizione l'ac-

crescimento non può intendersi separato o distinto. Esso fu perciò dalla detta scuola congiunto al dritto di accessione avvalendosi del noto brocarico *portio portioni, non personae, adecrescit.* E fu anche affermato che l'accrescimento accede per necessità di legge usando le parole del Donello *accretio fit invito scilicet quia jus cogit nunc qui unam portionem habet, reliquas deficientes admittere....*

L'altra scuola che è del Cujacio non guarda al legato, ma alla persona del legatario appoggiandosi alla nota massima *semel heres semper heres,* e trae i successivi accrescimenti dalla diretta vocazione del disponente, cui non può intendersi succeduto nel momento dello acquisto, e dalla cessione l'acquirente, ed il cessionario.

Ma poichè questo principio, fondato dalla massima troppo assoluta del dritto romano *semel heres*, trovava ostacolo nei vigenti precetti che regolano le cessioni dei dritti ereditari e mettono il cessionario nel posto dell'erede, venne una terza scuola, preferita dal Vinnio e poi seguita dal Troplong, dal Duranton e dal Duvergier, la quale sostenne che l'accrescimento possa negarsi al compratore sol quando dal contratto sia stato escluso.

Come agevolmente si scorge questa terza opinione della nuova scuola si accosta di più a Bartolo, imperocchè ammettendo la necessità d'una contrattazione per escludere dalla cessione la quota di accrescimento, viene ad ammettersi bensì che questa, mancata l'adozione, cede all'acquirente di esso in tal guisa di riconoscerne implicitamente il diritto.

Al Supremo Collegio, dopo questa rapida rassegna delle diverse opinioni sembra che sia da seguir quella di Bartolo, che trova riscontro nel responso di Ulpiano alla leg. 3° § 2° digesto *quibus modis usufructus vel usus admittetur: placet enim nobis ei qui amittit usumfructum, ex eo quodamittit, nihil adcrescere.* Ed invece il diritto d'accrescere si traduce nell'aumento eventuale di quello che si possiede in virtù del legato ricevuto, e ne diventa l'accessorio che non può restare senza il principale, anzi lo segue per un altro noto principio di dritto. Da ciò consegue che la cessione del legato lo fa passare nell'acquirente *cum omni causa*, e quindi con gli accrescimenti che vi sono inerenti, non altrimenti che la cessione dei diritti ereditari li trasmette interamente dalla persona dell'erede in quella del cessionario. E se il legato passa con la cessione sostituendo al legatario il cessionario fu ben trovata da Bartolo l'analogia con l'accessione, ed applicata la massima *portio portioni non personae adcrescit* innanzi ricordata.

Nel caso presente accadeva per dippiù che il cessionario del legato d'usufrutto essendo l'erede della proprietà, la cessione faceva consolidare l'una con l'altra, onde con la morte degli altri usufrut-

tuari estinguendosi l'usufrutto stesso non poteva rinascere rispetto ad Eligio che avea ceduto il suo.

La Corte di merito avendo considerato separatamente nel legato col dritto d'accrescere per gli effetti della cessione, la parte goduta nel tempo del contratto da quella sopravvenuta posteriormente, ha seguito una teorica di dritto che il Supremo Collegio, affidandosi all'opinione più ricevuta, crede di censurare.

Nè la sentenza potrebbe essere salvata per la via dell' interpetrazione che la Corte stimò dare alla cessione intendendola nel senso che Eligio avesse voluto cedere i dritti ereditari fino a quel tempo acquisiti, e per ciò escludere la quota d'accrescimento venutagli di poi; imperocchè in tal caso, giusta quanto fu osservato intorno all'opinione più moderna e più ricevuta, l'esclusione avrebbe dovuto essere esplicita.

La qualcosa nella cessione non leggendosi, l'errore della Corte sotto questo punto sarebbe manifesto. Il secondo mezzo adunque è meritevole di accoglimento in tal parte, che assorbisce l'altra relativa all'applicazione fatta dell'art. 885 del vigente Codice ad una successione anteriore, ed all'errata interpretazione dell'art. 994 Leggi Civili del 1819 sull'usufrutto successivo, di che il Supremo Collegio crede perciò inutile occuparsi.

Ed ora accade esaminare il 3°, 4°, 5° e 6° mezzo, i quali investono la Sentenza per difetto di motivazione, e pel modo illogico e vizioso d'esaminare i documenti prodotti, e di disporre la pruova. — Tali appunti il Superiore Collegio trova fondati.

Ed invero la Corte doveva tener presente che erasi in tema di revindicazione di proprietà proposta sotto forma di dimanda in separazione; che gli espropriati notoriamente e per antico possesso tenevano i fondi come propri, e formalmente per tali li avevano dichiarati nella costituzione del contratto di mutuo quando li dettero in ipoteca; che la dimanda di Egidio era presentata con intervento in grado di terzo; e quella di de Cicco in grado di rinvio, e che di poi era stata seguita da una cessione dei suoi dritti agli stessi debitori espropriati. Tenendo tutto ciò in vista, la Corte doveva essere rigorosamente accorta nell'ordinar la prova, e nel valutare i documenti, affinchè, pur guardando le ragioni dei rivendicanti non avesse usata soverchia indulgenza agli espropriati, ed obbligato il creditore, che cercava ricuperare il suo, a sostenere mezzi istruttori lunghi, disagevoli e pericolosi, affidandoli a pruova testimoniale in paese a lui estraneo.

È regola di dritto che la pruova stia a carico del rinvendicante e non di meno la Corte l'accollava al creditore; e sebbene questi avesse fatto del suo meglio, pure i documenti e le ragioni sue non furono abbastanza, od a rovescio d'ogni ordinaria maniera valutati.

Il vero catasto nel suo estratto storico esibito segnava pel fondo Civerna, e per la parte del fondo Carpinello, che non era di particolare acquisto dei debitori espropriati, diversi articoli in testa ad essi, e notava loro provenienti per successione. Il ricorrente Simonetti aveva rilevato che quella parola successione si potesse riferire alla scrittura eseguita nel 1873 da essi espropriati, ma la Corte non discutendo tali deduzioni fa risalire la successione a Nicola ed a Prospero Marazita *seniore* per comprendersi le dimande in separazione di Eligio e di de Cicco.

Similmente la Corte non bene si occupa dei fogli nuziali di Angela Marazita, figlia di Prospero seniore, con Giuseppe Marazita di Nicola seniore, genitore dei debitori espropriati; dai quali fogli apparisce che essi per l'intermedia persona della madre Angela cominciarono a possedere a titolo esclusivo quella parte di beni dal 1820.

Inoltre nei successivi fogli nuziali di Nicola Marazita seniore, uno dei debitori espropriati, i genitori gli donavano l'uno la metà del fondo Carpinello, l'altro la metà del fondo Civerna: e sulla metà non donata consentivano la sicurezza ipotecaria per la dote della sposa. La Corte non valuta abbastanza l'importanza di questo documento che pur poteva condurre ad un possesso esclusivo e non indiviso.

V'erano le denunzie delle successioni di Clemenza Salerno e di Prospero Marazita, nelle quali i fondi posti in subastazione non erano affatto annotati e neppure la Corte mostra averle considerate sebbene precedessero la dimanda in separazione.

Anzi sulla denunzia di Prospero la Corte, leggendo a rovescio, ritiene come segnata al campione dubbioso la tassa di successione; invece che pel giudizio che Prospero aveva coi signori Del Monte e Porcellini, l'altro ben diverso che è l'attuale pei fondi Civerna e Carpinello; e così confondendo l'uno con l'altro ne traeva un erroneo argomento circa l'indivisione delle varie eredità di Marazita.

E finalmente mentre dice estranea ad Eligio la scrittura di divisione del 1885 fra Nicola e Francesco Marazita debitori espropriati; i quali dichiaravano che i fondi da dividere ad essi si appartenevano per titolo d'acquisto e di successione, obbliava di valutare l'intervento di Eligio nel posteriore istrumento dei 12 giugno 1887, nel quale si menzionava e si riconosceva la divisione in occasione della vendita d'uno dei cespiti divisi, e se ne garentivano gli effetti.

Tutto questo incompleto modo di ragionare affidava bene il ricorrente dell'accoglimento del suo ricorso per difetto di discussione, e gli dava anche ragione di ricordare nell'ottavo mezzo il precedente annullamento fatto da questo Collegio, cui parve non doversi pregiudicare con giudizii anticipati la causa quando ordinando mezzi sitruttorii pure si diceva volerla risolvere *plena inquisitione.*

Annullandosi pei cennati mezzi la sentenza la Cassazione stima non dover discutere del settimo mezzo relativo alla buona fede del creditore che trattato aveva con l'erede apparente.

All'annullamento deve far seguito la restituzione del deposito, potendo sulle spese provvedere il giudice di rinvio.

Per questi motivi ecc.

CORTE D'APPELLO DI NAPOLI (1ª Sez.) — *14 luglio 1897*.

NUNZIANTE *Pres.* — GUERRITORE *Est.*

Corrado (avv. Parisi) c.º Napolitano (avv. Florenzano)

Pruova testimoniale — Notificazione dell' ordinanza e della lista dei testimoni — Termini—Cause commerciali—Sentenza eseguibile provvisoriamente — Proroga (art. 232, 233, 234 e 246 proc. civ.) — **Spese — Attribuzione al procuratore** (art. 373 proc. civ.).

a) *La ordinanza, che fissa il giorno della pruova, e la lista dei testimoni debbono, a pena di nullità, notificarsi dieci giorni e cinque giorni liberi prima di quello stabilito per l'esame testimoniale* (1).

b) *Tale termine è applicabile anche alle cause commerciali* (2).

c) *Quando la sentenza, che dispone la pruova testimoniale, è munita di clausola provvisionale, la decorrenza del termine comincia dalla notificazione della sentenza, esclusa la facoltà nella parte, che ottenne l'ordine di esecuzione provvisoria, di far decorrere il termine dalla scadenza di quello per appellare* (3).

d) *La proroga esige giuste ragioni per accordarla, e non si può concedere quando la parte richiedente non ha ottemperato ai precetti di legge.*

e) *Per l'attribuzione delle spese al procuratore non occorre il consenso*

---

(1) Per l'art. 233 § 2 proc. civ. l'ordinanza che stabilisce il giorno in cui i testimoni devono comparire, dev'essere notificata al procuratore dell'altra parte almeno giorni 10 prima da quello stabilito per l'esame sotto pena di nullità, e per il successivo art. 234 § 1 la lista dei testimoni deve pure sotto pena di nullità notificarsi al procuratore dell'altra parte almeno cinque giorni prima. Ora la dottrina e la giurisprudenza ritengono ehe dalla parola e dallo spirito di detti articoli si rileva che i dieci giorni e i cinque debbono essere liberi e franchi, e che nel computo dei medesimi non devono comprendersi nè il *dies a quo*, nè il *dies ad quem*. Così hanno ritenuto Ricci II, n. 63 e 68; Gargiulo art. 233 § X e art. 234 § IV; Mattirolo II, n. 443; contro Cuzzeri sull'art. 234 nota 3.ª. E così hanno deciso, fra le altre, la Cassazione di Napoli con le sentenze del 24 novembre 1880 e 13 luglio 1889.

(2) In materia commerciale solo il termine per la perenzione è ridotto alla metà (art. 877 cod. comm.) e il termine per comparire è quello fissato pei giudizi di competenza del pretore (art. 876 cod. comm.).

(3) Conformi a questa massima sono la dottrina: Mattirolo II, n. 478; Mortara I,

della parte. Tale attribuzione possano chiedere solo i procuratori e non gli avvocati.

A seguito di opposizione prodotta dai Signori Vito e Vincenzo Corrado avverso la sentenza del Tribunale di Salerno del 14 aprile 1896, che, su l'istanza di Antonio Napolitano, li aveva dichiarati falliti, lo stesso collegio con posteriore sentenza del 26 maggio 1896 ammise il detto Napolitano a provare anche con testimoni la qualità di essi Corrado.

La sentenza, notificata alle parti dal curatore del fallimento, nel sei luglio detto, fu munita di clausola di provvisoria esecuzione, e fissato il termine di legge per l'espletamento della pruova testimoniale.

Il giudice delegato fissò il 4 Agosto 1896 per l'udizione dei testimoni.

Cotesta ordinanza fu notificata con atto del 28 luglio, e con altro atto poi del 20 stesso mese il procuratore del Napolitano notificò la lista dei testimoni.

I signori Corrado innanzi al giudice delegato dedussero la vio-

---

n. 349 e la giurisprudenza, Cass. Napoli 11 gennaio 1887, 13 settembre 1893 e 30 marzo 1894; Cass. Roma 1 febbraio e 26 luglio 1895 e 21 febbraio 1896.

Il Ricci (II, n. 51), però, è della opinione che il termine decorre dalla notificazione nel solo caso in cui questa è fatta allo scopo di darvi esecuzione non in quello di mettere l'altra parte in mora ad appellare e ciò in omaggio al principio che eseguendosi la sentenza munita di clausola provvisionale a rischio e pericolo di chi questa ottenne, il valersi della clausola stessa importa vera facoltà non già un obbligo. Ora se la parte che ottenne la clausola provvisionale non intende valersi della medesima, non la si può costringere a dare esecuzione alla sentenza, dunque se l'art. 232 parla di decorrenza di termine dalla notificazione della sentenza provvisionale eseguibile, intende riferirsi al caso in cui la notificazione è fatta a scopo di dare esecuzione alla sentenza.

Però questa opinione del Ricci non ha trovato seguito nella giurisprudenza ed è stata combattuta da tutte le Cassazioni del Regno. Nell'art. 232 § 2 proc. civ. in modo chiaro e preciso si scorge sancito che il cennato termine per simili sentenze decorre dal giorno della notificazione delle stesse, non già che *può decorrere*, onde la prova raccolta fuori il termine che decorre dalla notificazione delle ripetute sentenze è nullo.

Parlare di facoltà di eseguire la prova è un voler confondere il termine della pruova col diritto al raccoglimento di esso, la sentenza dispone la pruova ed ordina la provvisoria esecuzione della medesima, ma è la legge poi che stabilisce, indipenpentemente dal volere delle parti e della sentenza (eccetto la sentenza stessa per una specialità del caso non contenesse disposizioni al riguardo) il momento in cui il termine per raccogliere gli esami debba cominciare, epperciò la parte è libera certamente di eseguire o non la prova, ma notificata che abbia la sentenza, non ha il potere di alterare il momento dell'inizio del termine degli esami che solo la legge ha prefisso.

Le surriferite massime adunque sono conformi alla legge, alla dottrina e alla giurisprudenza, e noi vi facciamo completamente plauso.

F. Parisi

lazione dello articolo 233 procedura civile per decadimento della prova.

Il Tribunale con sentenza 26 ottobre-3 novembre 1896 dichiarò nulla la notificazione fatta dal Napolitano nel 23 luglio 1896 della ordinanza di fissazione della pruova, e la notificazione della lista dei testimoni, onde dichiarò decaduto il Napolitano dal diritto di espletare la pruova, e lo condannò alle spese dell' incidente liquidate in lire 213, e cent. 20.

Il Napolitano produce appello principale, ed i Signori Corrado appello per incidente, perchè il Tribunale omise alcune partite, e non le attribuì al procuratore come avevano chiesto.

Attesochè per l'art 233 § 2° p. c. l'ordinanza che stabilisce il giorno in cui i testimoni devono comparire, deve essere notificata al procuratore dell'altra parte almeno dieci giorni prima di quello stabilito per l'esame sotto pena di nullità, e per il successivo articolo 224 § 1° la lista dei testimoni deve pure sotto pena di nullità, notificarsi dal procuratore dell'altra parte almeno cinque giorni prima. Ora se il procuratore di Napolitano notificò al procuratore dei Corrado l'ordinanza della pruova sei giorni, e la lista dei testimoni quattro giorni prima, spicca evidente la illazione che il Napolitano è decaduto dalla pruova. Così disse il Tribunale e la sua sentenza merita conferma.

Attesochè il Napolitano obietta che nelle cause commerciali, siccome questa *de qua agitur*, tutti i termini sono ridotti a metà, e quindi anche quelli fissati dagli articoli 233 e 234 sono ridotti a metà. Obiezione questa inattuabile, avegnacchè nè la ragione della legge, nè la parola di essa fanno argomentare ad una riduzione simigliante. E stia pure che innanzi ai Tribunali di commercio le parti possono comparire personalmente, ma da ciò è vana cosa inferire a termini più brevi pel raccoglimento della pruova; imperocchè il comparire personalmente in cause commerciali è una facoltà concessa dalla legge per l' indole stessa di quelle cause, e per le persone fra le quali si agitano; ma con ciò non si può prescindere da quelle forme stabilite dagli articoli 233 e 234, il cui fine, per l' importanza del valore controverso e modalità della lite, esige la rigorosa osservanza dei termini quivi stabiliti nell'udizione dei testimoni.

Nè infine si obbietti dal Napolitano, che non si può parlare di decadenza, perchè la sentenza che disponeva la pruova testimoniale era munita di clausola provvisionale ma non era passata in cosa giudicata, avvegnachè si ha ben donde a ritenere per lo art. 233 c. p. c., che disposta la pruova testimoniale per sentenza esecutiva non ostante appello, la decorrenza del termine comincia dalla notificazione della sentenza che dispone l'esame, esclusa la facoltà nella parte che ot-

tenne l'ordine di esecuzione provvisoria di far decorrere il termine dalla scadenza di quello per appellare.

Attesochè il Napolitano si appigli alla proroga, siccome a tavola di naufragio. Ma la proroga esige giuste ragioni per accordarla, e queste non si argomentano dalle lettere esibite. D'altronde potrebbe parlarsi di proroga se per avventura i precetti ed i termini, stabiliti come condizioni necessarie per eseguire la pruova testimoniale, si fossero osservati; ma si è dimostrato che Napolitano non ottemperò ai precetti della legge, non tenne conto dei termini da essa stabiliti, dunque il benefizio della proroga è un impossibile.

Attesochè sia vano il lamento del Napolitano per la condanna alle spese posto mente che il soccumbente è tenuto alle spese giudiziali, ed il Napolitano risultava soccumbente. Nè poi il compenso di avvocato fu eccessivo, perchè anche riguardo al valore controverso, ed al valore giuridico furono giustamente tassate lire cento.

Attesochè l'appello per incidente proposto dai Corrado merita di essere accolto, posto mente che il Tribunale nel liquidare le spese omise varie partite, che esaminate e risultate giuste debbono essere incluse nelle spese giudiziali.

Attesochè di fronte all'articolo 373 c. p. c., è vacua cosa il dedurre che l'attribuzione delle spese al procuratore richiegga il consenso della parte. Cotesto presupposto consenso della parte non si legge in quella disposizione di legge, nè lice crearlo per una asserta frode.

Attesochè nel presente giudizio di appello il Napolitano soccumbe, dunque è tenuto alle relative spese. L'attribuzione di coteste spese all'avvocato Parisi non può essere ammessa, potendo solo i procuratori chiedere codesta attribuzione quando dichiarano di avere anticipate le dette spese.

Per tali motivi ecc. ecc.

CORTE D'APPELLO DI NAPOLI (1ª Sez.) — *8 agosto 1897.*

NUNZIANTE *Pres.* — GUERRITORE *Est.*

Narici c.° Dino Guida

Appello — Giudizii di esecuzione — Merito—Termine—Pretore — Provvedimenti sopra esecuzione — Loro carattere. (art. 703, 572, 53 proc. civ.; 153 regol. giud.).

A) *Quando si contende sopra quistioni di merito è appellabile nel termine ordinario la sentenza emessa in giudizio di esecuzione* (1).

B) *I provvedimenti, emessi dal pretore sopra incidente di esecuzione, non rivestono il carattere di sentenze profferite da giudice di primo grado.*

(1) Giurisprudenza costante. Vedi nello stesso senso la sentenza della Cassazione di Napoli del 18 dicembre 1890 (*Mov. Giuridico* I, pag. 7) con le note di richiamo.

C) *Qualunque atto del magistrato ancorchè provvedimento interinale, se non è controfirmato dal Cancelliere è viziato di nullità assoluta.*

La Corte osserva in fatto, che in sede di esecuzione pel rilascio d'immobile giusta sentenza di questa Corte dell'8 maggio 1896, ad istanza della signora Concetta Narici contro la signora Marianna Dino Guida, il procuratore di costei si oppose allegando varie eccezioni all'usciere procedente, il quale pensò bene di adire il pretore locale a norma dell'art. 572 proc. civ. perchè desse i provvedimenti del caso.

Il pretore sospese l'esecuzione, rinviando le parti innanzi al tribunale per provvedere sull'incidente.

Di seguito la signora Narici, con atto del 29 settembre 1896, convenne la signora Dino Guida autorizzata da suo marito sig. Famiglietti innanzi al tribunale, chiedendo, che si dichiarasse nulla l'ordinanza pretoriale, e subordinatamente si rivocasse per avere il pretore pronunziato su cose non domandate, e per dippiù avendo giudicato contrariamente alla legge.

Il tribunale con sentenza del 23 novembre 2 dicembre 1896, disse nulla l'ordinanza del pretore, e per l'effetto dispose il prosieguo degli atti esecutivi, condannando la Dino Guida alle spese del giudizio.

Contro questa sentenza la Dino Guida ha prodotto appello pei seguenti motivi: *a*) perchè il tribunale avrebbe dovuto dichiarare non trovar luogo a deliberare sul libello della Narici non essendosi consegnata la copia della citazione anche al marito della Dino Guida *b*) perchè il tribunale non avea potestà di dichiarare l'ordinanza del pretore.

Contro codesto appello la Narici deduce l'inammessibilità, e pel merito il rigetto del detto appello.

Attesochè avendo i primi giudici statuito su di un'eccezione di merito, e propriamente sul diritto di agire della Narici, la loro sentenza era appellabile nel termine ordinario, non in quello eccezionale di giorni quindici. Laonde l'eccezione di inammessibilità dell'appello è insussistente.

Attesochè non meno inattendibile è l'eccezione di nullità del detto appello per essersi stabilita l'udienza della comparizione oltre i dieci giorni, posto mente, che pure assegnato un termine più lungo e per la disamina di una quistione di merito, non si ha nullità di sorta.

Attesochè la copia dell'atto 29 settembre 1896, non fu consegnata al marito della Dino Guida, a buona ragione se poni mente che la Dino Guida fu condannata al rilascio, contro la Dino Guida si eseguiva il giudicato di condanna, e contro la Dino Guida con l'atto 29 settembre 1896 si chiedevano i provvedimenti affinchè l'esecuzione

avesse il suo regolare corso. Ed allora quale bisogno, quale utilità di notificare la copia di quell'atto anche al marito della Dino Guida, che assolutamente non era interessato nella contesa?

Attesochè la Narici con l'atto 29 settembre 1898 adì il tribunale in prima istanza non in grado di appello. Basta leggere quell'atto per averne la prova evidentissima.

E sarebbe strano davvero il pensare che la Narici avesse avuto la intenzione di adire il tribunate in grado di appello. Conciosiachè i provvedimenti emessi dal pretore per effetto dell'art. 572 proc. civ. non sono emessi in primo grado di giurisdizione. Quei provvedimenti emessi in fine della speditezza dell'esecuzione, non sono sentenze, ma provvedimenti temporanei e di ordine.

Il pretore all'uopo non è investito di giurisdizione contenziosa, perchè non procede su domanda in contraddizione; tanto meno esercita giurisdizione volontaria perchè non vi è consenso delle parti. Ond'è, che il pretore è investito di una giurisdizione *sui generis* che gli viene dalla legge, la quale si affida al prudente arbitrio di lu per tutelare l'interesse delle parti, sia la istante o la parte condannata, rimuovere le difficoltà insorte, e dare i provvedimenti temporanei, rinviando, se occorre, le parti innanti al magistrato competente per risolvere le controversie insorte.

Non è dubbio adunque che il giudizio della Narici, al seguito del provvedimento temporaneo emesso dal pretore, fu istituito innanzi al tribunale come giudice di prima istanza; e ne conferma, che la Narici chiese bensì che la sentenza si fosse munita di clausola provvisionale.

Nè qui vale obiettare che la Narici chiedendo di rivocarsi il provvedimento del pretore, mai accettato da lei nè espressamente nè tacitamente, manifestò la sua intenzione di adire il Tribunale in grado di appello.

Niente di più inesatto. Si attende per bene al significato della parola, e si avrà ben donde a dire, che la Narici chiese la revoca allo scopo che si fosse tolto l'ostacolo del provvedimento per potere agevolmente e speditamente procedere oltre all'esecuzione.

Attesochè ritiene l'appellante Dino Guida, che il Tribunale in prima istanza non avesse facoltà di dichiarare la nullità del provvedimento emesso dal pretore. Anche questo non è esatto. In verità: se fu già dimostrato che il provvedimento emesso dal pretore è *sui generis*, un atto di procedura e nulla più, è dato al magistrato di rinvio, specie il Tribunale, di esaminare se quel provvedimento temporaneo sia rivestito delle formalità richieste dalla legge, e nel caso non si fossero osservate, dichiararlo nullo.

Attesochè rivolgendo poi l'esame al provvedimento emesso dal

pretore, nel caso concreto, bene i primi giudici si avvisarono a dichiararlo nullo.

Per fermo: l'art. 53 cod. proc. civ., dispone, che le autorità giudiziarie in tutti gli atti ai quali procedono, devono essere assistite dal cancelliere o da chi ne faccia le veci. Disposizione provvida questa, perchè è intesa alla maggiore garentia dei diritti delle parti. E non basta, essendo pur sancito nell'ordinamento giudiziario art. 153 che i cancellieri controsegnano le firme dei magistrati. Formalità essenziale alla validità dell'atto, la cui mancanza, senza uopo di rettifica, produce la nullità dell'atto, siccome chiaramente si desume dall'altra disposizione racchiusa nell'art. 56 dello stesso codice ov' è detto: che possono annullarsi gli atti che manchino degli elementi che ne costituiscono l'essenza, bene si avvisarono i primi giudici dichiarando nulla l'ordinanza del pretore emessa senza l'assistenza del cancelliere, per quanto emerge dal verbale esibito.

Attesochè le spese seguono la soccumbenza: e la Dino Guida soccumbe.

TRIBUNALE DI NAPOLI — *30 agosto 1897*

GATTI *V. P. ed Est.*

Parisi (avv. Parisi) c.° Fiorini-Bonelli (avv. Gleyeses)

Testamento — Sopravvegnenza di figlio adottivo — Riconoscimento del testamento — Validità (art. 888, 1311 cod. civ.).

a) *Il testamento non può revocarsi per sopravvegnenza di un figlio adottivo, quando il testatore abbia nominato erede testamentario colui che in seguito adottò, e abbia manifestato la volontà, anche nel codicillo del testamento, di mantenere ferma la precedente disposizione testamentaria.*

b) *L'erede, che esegue volontariamente il testamento, non può opporre contro il medesimo alcun vizio.*

Attesochè ad istanza di Felice, Francesco ed altri Parisi e di Francesco Ronchi si traduceva innanzi questo Collegio la Giulia Fiorini Bonelli, richiedendole il pagamento dei legati rispettivamente dovuti nella complessiva somma di lire 10600, in virtù delle disposizione testamentarie del 1° gennaio 1896 e 26 marzo 1896 con le quali la signora Errichetta Gabbriella Bonelli, ne affidava l' adempimento dopo un anno dalla di lei morte, avvenuta nell'aprile 1897, alla nominata Giulia Fiorini Bonelli, che, sua erede universale, poi, mercè decreto del 23 Gennaio 1889, aveva adottato come sua figlia.

Si conveniva pure l'istituto del Credito fondiario per i provvedimenti richiesti a di lui confronto, relativamente alle cartelle di

rendita, che formerebbero quasi l'intero compendio ereditario; la Fiorini-Bonelli con apposita domanda in riconvenzionale richiedeva l'annullamento dei legati pretesi.

Attesochè, se a ragione la Fiorini-Bonelli insiste per essere assoluta dall'osservanza del predetto giudizio sul confronto dell'attore Francesco Ronchi che non veniva a far valere la sua domanda, invano cerca con la sua riconvenzionale rifuggiarsi sotto il presidio dell'art. 888 C. C. per far dichiarare i legati pretesi dai Parisi, e la esistenza dei quali non può disconoscere, colpiti di nullità per la sopravvegnenza dell'adozione avvenuta in di lei favore, conciossiachè il principio della invocata disposizione trova il suo germe nella legge: *Si unquam de revocanda donatione* perpetuata nella presente codificazione in omaggio a quella potentissima ragione di affetto paterno, per la quale non è possibile ritenere che ai proprii figli ignorati e sopraggiunti fossero preferiti gli estranei, e non è applicabile il cennato articolo allorchè manca la condizione di simile ignoranza ed il testatore abbia voluto mantenere le fatte elargizioni.

Ora la disponente Errichetta Gabbriella Bonelli, dopo d'aver adottato il 23 gennaio 1889 la Giulia Fiorini, ritornava con apposito codicillo del 26 marzo 1895 sulle disposizioni fatte nel 1° gennaio 1886 e queste manteneva, mettendo il peso di altri legati a carico della convenuta che continuava a chiamare sua erede universale. E simile accenno bastando per dichiarare senza base la revoca pretesa, vuolsi tuttavia arrogere, come non solo la testatrice, ma la convenuta medesima abbia voluto l'adempimento di simili legati, quando innanzi questo Tribunale chiedeva ed otteneva di essere ritenuta erede di Errichetta Gabbriella Bonelli in virtù appunto dei menzionati testamenti: e checchè si dica sul valore di simile dichiarazione è sempre certo che l'addottata non poteva ignorare i vizii di quelle disposizioni che invocava, ed i quali, essendo certo relativi e non assoluti, sono soccarichi con tutte quelle forme di rinunzie somministrate dal Dritto Romano e riconosciute dal nostro legislatore con la generica dizione seguita nell'art. 1311 C. C.

Attesochè garentito dalla legge è l'obbligo della cauzione richiesto per i legati destinati a soddisfarsi dopo un anno dell'avvenuta morte della testatrice, obbligo che nella circostanza richiamata e non contradetta di essere nel compendio ereditario solamente cartello di credito fondiario, non si può meglio cautelare che presso l'istituto di credito convenuto sequestrando un numero determinato di cartelle, inibendo fino al pagamento dovuto, le ulteriori operazioni sulle medesime.

Attesochè alla ragione di simile accantonamento non sono necessariamente connesse le spese sostenute dagli attori, ma solamente degl'interessi che sono a decorrere da quando incomincia

l'obbligo nell'erede ad adempire i lasciti a lei fatti, cioè dopo l'anno della morte succeduta, potendo in sede di esecuzione la Bonelli compensare quanto a riguardo dei lasciti fatti a Felice Parisi corrisponderà per tassa di successione ritrovandosi esclusa dal testamento la ripetizione di simile tassa a riguardo degli altri legati.

Che le spese sono a carico della parte soccumbente, e la chiesta esecuzione provvisoria avuto riguardo all' indole della controversia non si giudica d'impartirne.

Per tali motivi ecc. ecc.

PRETURA DEL MANDAMENTO MERCATO IN NAPOLI—*12 giugno 1897*

Pretore avv. G. B. FORZIATI

Greco c. Fabbricatore

Esecuzione mobiliare — Vendita — Deposito della somma — Sospensione inammissibile (art. 580 proc. civ.c.)

La sospensione del pignoramento, in caso di deposito della somma nelle mani dell'usciere procedente, non si può applicare al verbale di vendita (1).

In base di sentenza di questa Pretura del 29 agosto 1896 registrata in Napoli addì 11 settembre detto anno al n. 1090 per lire 2,40 si procedeva, ad istanza del sig. Raffaele Greco a pignoramento contro il sig. Giacomo Fabbricatore.

Si faceva opposizione alla vendita e si rigettava non potendosi compensare il credito del Greco con quello preteso dal Fabbricatore in base di cambiale; compensazione già rigettata con la suddetta sentenza del 29 agosto, confermata dal Tribunale.

Nel mentre si procedeva alla vendita si presentò innanzi all' usciere il Fabbricatore, a cui fece l'offerta di depositare nelle sue mani la somma dovuta.

L' usciere elevava incidente e si presentava con le parti innanzi al Pretore, e questi provvedeva disponendo che la somma rimanesse depositata presso l'usciere, rinviando le parti innanzi al Pretore medesimo ad udienza fissa in cui si sarebbe deciso senza ulteriore rinvio.

All'udienza fissa del 1° giugno il sig. Greco chiedeva disporsi la vendita ordinando la restituzione della somma depositata a pro del Fabbricatore.

Costui chiedeva differirsi la causa pérchè egli avea pignorata la somma presso l'usciere ed era fissata la causa pel cinque giugno e che dovea differirsi anche per l'assenza dell'usciere.

(1) Quistione nuova, mai presentatasi nella pratica e risoluta conforme alla legge.

Il Pretore, eseguendo il precedente provvedimento che disponeva l'introito della causa senza ulteriore rinvio, la faceva passare in decisione.

Poichè l'art. 572. C. P. C. in base del quale l'usciere sospese la vendita rinviando le parti innanzi al Pretore, non è applicabile al verbale di vendita, perchè come il precetto non costituisce un atto di esecuzione ma l'atto preparatorio di questa, così la vendita è l'atto finale dell'esecuzione, e quindi l'articolo 572 predetto riguarda le difficoltà dell'esecuzione materiale, come di pignoramento, atto di possesso e via discorrendo.

Poichè inoltre l'art. 580 detto Codice permette la sospensione del pignoramento in caso di deposito della somma, e questa sospennon è applicabile al verbale di vendita per svariate ragioni e si accennano le seguenti due.

1.° La sospensione mediante deposito in base dell'art. 580 avviene quando pende opposizione all'esecuzione andando l' alinea di questo articolo letto in relazione alla prima parte dell'art. medesimo, e nella specie non vi è opposizione, anzi una dedotta compensazione in base di cambiali già precedentemente rigettata.

2.° Prima di compiersi il pignoramento non vi ha acquistato diritto la massa dei creditori, e può allora mediante il pagamento della somma chiesta dal creditore pignorante sospendersi l'esecuzione.

Dopo il pignoramento il tutto procede nello interesse del creditore pignorante e della massa dei creditori, e basta accennare gli articoli 575, 652 e 653, C. P. C.

In conseguenza se la vendita avviene nell'interesse della massa dei creditori, invano se ne chiede la sospensione sostenendo che il creditore pignorante non ha diritto a continuare la vendita quando viene soddisfatto, soddisfazione in verità nemmeno avvenuta perchè il Fabbricatore fece il deposito in mano all'usciere per sperimentare la compensazione in base di cambiale non ostante che questa fu già rigettata con la suddetta sentenza passata in giudicato, e poi ulteriormente riproposta e rigettata.

Per tali motivi ecc.

PARTE TERZA-BIBLIOGRAFIE

Filippo Serafini — *Istituzioni di diritto romano comparato al diritto civile patrio. Vol. I. Fratelli Cammelli. Firenze 1897.*

La casa editrice libraria « Fratelli Cammelli » di Firenze ha pubblicato il 1° volume della sesta edizione delle *Istituzioni di diritto romano* del compianto prof. Filippo Serafini.

Il merito di questo libro si enuncia da sè, poichè esso giunge già alla sesta edizione.

In questa edizione l' A. ha introdotto notevoli mutamenti tanto nel piano generale dell'opera, quanto nel suo contenuto particolare.

La parte introduttiva è di molto ampliata, anzi in certi punti è rifatta. Vi sono stati aggiunti due nuovi capitoli: uno sulla storia letteraria del diritto romano, l'altro sulle opere sussidiarie alle quali può ricorrere lo studioso che voglia meglio approfondirsi. In questa edizione si nota pure la riduzione di citazioni bibliografiche tedesche, e invece sono notevoli le citazioni dei lavori italiani in omaggio al notevole e serio progresso che la scienza romanistica italiana ha fatto.

Abbondano le citazioni dei frammenti del *Corpus Iuris Civilis,* di cui i più importanti sono riportati per intero. Come pure sono accresciuti i confronti col diritto civile patrio, con richiami alla dottrina e alla più recente giurisprudenza.

Chiude il libro un copioso indice alfabetico analitico che è di grande giovamento per le ricerche.

In somma è un libro utilissimo, che dovrebbe trovarsi non solo presso i giovani studenti, ma in ogni studio di avvocato.

Il volume secondo è in corso di stampa.

Avv. G. Scandurra Sampolo. — *Del risarcimento dei danni morali* Palermo 1897.

La teoria del risarcimento dei danni morali che si è formata nella dottrina e nella giurisprudenza italiana, è stata combattuta con vigoria dall' illustre Prof. Gabba, le cui dottrine furono seguite dal giudice Tortora.

Con questa pregevole monografia l'A. prende in esame la quistione ed espone le ragioni che militano a favore della teoria del risarcimento, combattendo, con solidi argomenti l' opinione contraria.

Avv. Santi Furnari — *L' art. 10 della Legge 25 giugno 1865 sulle espropriazioni per causa di pubblica utilità e la conduttura di acqua potabile a vantaggio del comune* — Messina 1897.

È sorto il dubbio intorno all' autorità che deve fare la dichiarazione di pubblica utilità nel caso che un comune voglia espropriare una sorgente privata per fornirsi di acqua potabile; l' A. con questa monografia, dimostra che il Prefetto è l' autorità competente a fare la dichiarazione di pubblica utilità di una tale opera, e soggiunge che se il dubbio fu possibile prima della pubblicazione della legge sanitaria del 22 dicembre 1888, ora non ha più ragione di essere.

Prof. Giacomo Luzzatti — *Credito capitalistico e Moneta nazionale. Un volume di pagine X-205. Ulrico Hoepli, Milano, 1897. L. 3.50.*

È un libro interessante, che si legge volentieri.

Per l'egregio autore — e lo dice in una geniale introduzione: eterna è la funzione del Credito, poichè urge sempre mai alla classe dominante di beneficare la classe soggetta, se pur del benefizio può trarre vantaggio per sè medesima e conservare la propria supremazia per il maggior tempo possibile.

Il Credito capitalistico fa riscontro alla supremazia del capitale; ed il Luzzatti nella prima parte del suo studio con succosa esattezza e dottrina profonda si fa a rintracciarne la genesi e ne seguita lo sviluppo nel tempo.

Per il Luzzatti, ed è questo il tema della seconda parte del suo studio, il dominio della merce metallica deve essere infranto. Il corso dei conti, il saggio dello sconto, il prezzo dell'oro con i loro alti e bassi non devono più tiranneggiare ed attraversare il movimento naturale dei prezzi e dei servigi in un'economia di popolo. Bisogna serbar costante nei limiti del reale possibile il valore del denaro in un paese. Però il biglietto di banca, riservato per l'emissione allo stato, più essendo convertibile, non deve rappresentare oro od argento, ma deve essere una moneta di credito sociale, pronta a secondare quanto più è possibile da vicino i movimenti della nazionale ricchezza. Emesso su un contingente almeno eguale ai proventi delle imposte di Stato, il biglietto deve essere garantito dal credito dello Stato; dai proventi delle pubbliche entrate. Ed il Luzzatti avvalora la sua tesi con argomenti di dottrina pura, e con una quantità di fatti ed esempi storici, fra cui ci piace accennare alla famosa moneta di legno che continuò ad essere in Inghilterra da Enrico I fino al 1694.

E dopo aver detto in particolare dell'ordinamento del Banco Giori di Venezia e della Banca di Francia, conclude il suo intenso lavoro esprimendo il desiderio che abbiano fine una buona volta le alterazioni automatiche del medio circolante, queste vantaggiose ai pochi incettatori, manipolatori della moneta buona, della merce metallica altrettanto dannosa all'universale.

È un libro che merita bene di essere letto e meditato dagli uomini di scienza e di Stato.

L. Franchi — *Codici e leggi usuali d'Italia. Manuale Hoepli. 1897. Volume I, i codici.* — *L. 7.50.*

Il solerte editore Hoepli, noto per la pubblicazione dei suoi *manuali*, di grande interesse pratico, ha testè pubblicato un manuale riguardante la legislazione del nostro paese.

Il primo volume che è già messo in vendita contiene otto codici: quello *civile*, quello di *procedura civile*, il *commerciale*, quello per la *marina mercantile*, il *penale*, quello di *procedura penale*, il *codice penale per l'esercito* e quello *penale militare per la marina*. A ciascuno di questi codici seguono dietro le disposizioni transitorie e i regolamenti per l'applicazione loro. È di pagine 1160 a due colonne, di carattere nitidissimo.

Questi codici sono pubblicati con la maggior diligenza e precisione, e corredati di brevi note, storiche e illustrative, che giovano molto a chi deve giornalmente consultare codici e leggi: e questo lavoro paziente e diligente è stato fatto dal Prof. Luigi Franchi.

Il secondo volume conterrà tutte le altre principali leggi, che non sono nei codici, e che pure ne costituiscono la parte complementare, importantissima anche essa, disposte per ordine alfabetico.

La Procedura — *Rivista pratica quindicinale di legislazione e giurisprudenza in materia civile commerciale amministrativa.*

Il diritto giudiziario civile, che comprende l'ordinamento giudiziario e la procedura civile, è senza dubbio il ramo delle scienze giuridiche più importante nella pratica.

Mentre all'estero numerosi giornali vi sono dedicati, in Italia mancava un periodico apposito; e a fondarlo si accinsero con molta opportunità il professore commendatore Galluppi dell'Università di Roma, e l'avvocato de Benedetti che alle nozioni teoriche accoppia la pratica che gli viene dalla direzione di uno dei più fiorenti studi d'avvocato della capitale. Il periodico pubblica articoli dottrinali e pratici,

sunti degli articoli di giornali italiani ed esteri; i giudicati con note esaurienti di dottrina e giurisprudenza: i progetti di legge, le relazioni e le discussioni; la bibliografia italiana e straniera.

I più insigni proceduristi hanno fatto plauso all' idea: citiamo fra i molti il Mattirolo ed il Mortara.

Al giornale collaborano effettivamente tutti i cultori della procedura in Italia e all'estero. Fra gli stranieri citiamo il prof. Garsonnet, il più illustre procedurista francese: fra gli italiani il Castellani di Genova, il Manfredini di Bologna, il Guerra di Palermo, l'Angioni-Contini di Cagliari, il Mariani di Pavia, il Tiranti di Pisa, il Sabbatini e il Lessona di Roma, il Pascucci di Macerata, il Cuzzeri di Verona, il Demurtas-Zichina di Sassari, il La Rosa di Catania, il Norsa e il Franceschini di Padova, il Gargiulo di Napoli, il Cesareo-Consolo di Messina ecc. ecc. tutti professori o liberi docenti, cosicchè il giornale rappresenta la riunione delle competenze migliori.

Fra gli studi più notevoli pubblicati in questi ultimi numeri, segnaliamo il *Commento alla nuova legge sul rilascio dei beni immobili*, legge di applicazione quotidiana e di cui i procuratori legali e i magistrati minori devono avere cognizione precisa.

Di questa legge non esiste alcun altro commento, e quello pubblicato nella *Procedura* occupa circa 150 pagine e tiene conto delle leggi estere e dei lavori preparatorii. Inoltre la *Procedura* ha publicato studi del Gargiulo, procuratore generale alla Cassazione di Napoli, *sulle spese giudiziarie:* del Quarta, avvocato generale alla Cassazione di Roma, *sulla autorizzazione giudiziale alla donna maritata*, del Franceschini professore di Procedura civile all' Università di Pavova, *sulle note dopo l'udienza* ecc.

Alla rubrica « Legislazione » publica tutti i progetti di legge, che interessano i magistrati e avvocati, accompagnati dalle relazioni e discussioni parlamentari; concetto affatto nuovo nella stampa giuridica e di utilità pratica evidente. Così ha fatto p. es. dei progetti Costa sulle riforme della magistratura.

Coloro che nel termine di pochi giorni invieranno l'importo dell'associazione in L. 10.00, all' Amm. della *Procedura* (Largo dell' Impresa 123 — Roma) riceveranno in premio l'ottimo volume dell' Avv. Alfredo Mazza « Le Acque nei rapporti con le pubbliche amministrazioni ». Volume di circa 500 pagine — Unione Tipografica Editrice Torinese — L. 10. 00.

Atti del III Congresso Giuridico Nazionale tenuto in Firenze l'anno 1891 — pag. X — 396, in quarto - Unione Tipografica-Editrice Torinese. Torino 1897, L. 10.

Dopo che il Congresso Giuridico Nazionale tenutosi in Firenze ebbe, nella sua ultima adunanza, a deliberare che della pubblicazione degli atti del Congresso dovesse ritenersi incaricata la commissione esecutiva, questa affidò il delicato e difficile incarico all' avv. Camillo De Benedetti, direttore delle riviste giuridiche *la Cassazione Unica* e la *Procedura*, il quale adempì all'incarico ricevuto con cura e zelo.

Questa pubblicazione è importante per le tesi di diritto, che in quel Congresso furono trattate, e per le ampie discussioni che intorno ad esse fecero valorosi giuristi.

La prima tesi di Diritto Civile: « *Se e quali riforme siano da introdursi nel codice civile relativamente alla ricerca della paternità e alla condizione giuridica dei figli illegittimi; e se e sotto quali condizioni sia da ammettersi l' Istituto del Divorzio*, fu divisa in due parti, della prima fu relatore il Prof. Oreste Regnoli, della seconda il Prof. G. P. Chironi.

La seconda tesi di Procedura civile. *Quali siano le riforme da introdursi nel codice di procedura civile per migliorare il procedimento sommario, e accelerare i giudizi di esecuzione col maggior vantaggio della giustizia e delle parti interessate*, fu svolta dal Prof. Lodovico Mortara.

La terza tesi di procedura Penale fu divisa in due parti, di cui la prima « *La riforma della istruzione preparatoria nel processo penale con l' intervento della difesa* » fu fatta a relazione dell'avv. Dario Cassuto; l'altra « *La riforma del giudizio d'accusa* » fu fatta a relazione dell'avv. Bernardino Alimena.

La quarta tesi di Diritto Penale fu divisa in tre parti: Il Prof. G. De Notter fu relatore della prima: « *Come debba regolarsi la partecipazione dell' offeso o danneggiato dal reato nell' esercizio dell' azione penale* » Della seconda parte: « *Se e quali provvedimenti sono da suggerirsi per meglio assicurare la riparazione del danno derivante dal reato, e per indennizzare le vittime degli errori giudiziari* » fu relatore l'avv. Raffaele Garofalo. A relazione poi del Prof. Codacci Pisanelli fu svolta la terza parte: « *Se, in quali limiti, e con quali cautele, possa in relazione ad alcune categorie di reati, ammettersi sussidiariamente l' azione popolare civica, ossia l' azione popolare.* »

Gabba — *Quistioni di diritto civile* — Vol. I. *Diritto personale e diritto reale.* pag. VIII-342. Torino, Fratelli Bocca editori 1897. L. 7,50.

Nel 1892 il Prof. Gabba pubblicò a Torino un volume di *Quistioni di diritto civile*, il quale fu meritamente bene accolto da tutti i giuristi.

Ora l'A. pubblica altri due volumi dello stesso genere del primo, editi dalla spettabile Ditta Bocca. Il primo volume tratta di *Quistioni di diritto civile in materia personale e reale.*

In questo volume sono trattate quistioni fra le più dibattute e importanti della giurisprudenza temporanea, e specialmente fra quelle che pongono occasione o fecondo connubio della filosofia del diritto con la scienza del diritto civile, come lo stesso Autore si esprime nella prefazione.

La prima parte di questo libro tratta delle *Quistioni di diritto personale*, e comprende le seguenti monografie: Intorno al concetto e all'orbita del dritto civile. — Il Talmud e il Codice civile italiano in materia di dritto matrimoniale e familiare. — Della impotenza manifesta, causa di nullità del matrimonio. — Dell' impugnativa di una legittimità basata sul possesso di stato e sul conforme atto di nascita. — Trasmissibilità dell' azione di maternità naturale ai discendenti e agli eredi del figlio naturale. — Come possa provarsi la figliazione adulterina o incestuosa per dare effetto agli art. 752, 767, 773, 1053 cod. civ., e se, in particolare, possono a tale uopo adoperarsi le dichiarazioni, di cui all' alinea 3° art. 193 detto cod. — Del riconoscimento e dei diritti successori dei figli adulterini nati o concepiti vigendo il diritto civile austriaco. — Da quando decorre la prescrizione quinquennale dell'azione di rescissione o di nullità contro atti di donne maritate debitamente autorizzate.

La parte seconda tratta di *Quistioni di diritto reale* e precisamente: Dell'alienabilità delle cose sacre in generale, e delle Chiese in particolare. — Della proprietà *usque ad sidera et inferos* — Dei *jura vicinitatis.* — Della continuità delle trascrizioni. — Natura giuridica del diritto di palco. — Recisioni di vene d'acqua nel fondo proprio. — Se in diritto italiano, alienata l'enfiteusi perpetua o temporaria, l'enfiteuta alienante possa rimanere obbligato al pagamento del canone.— Ipoteca e guarentigia di debito futuro. — L'art. 2010 cod. civ. e la stipulazione di garanzia ipotecaria d'interessi anteriori al triennio. — Se possano costituirsi nuove ipoteche sull' immobile esecutato dopo la trascrizione del precetto. — Servitù legale e risarcimento. — Compositore di musica e poeta.

Letterio Granata — *I diritti della persona umana* — Messina 1897.

Interessante monografia estratta dalla « *Riforma giuridica* » anno VI, fasc. 7.

PARTE PRIMA-DOTTRINA

L'azione di emulazione [1]

Interdicendo una pubblica via tra due edifizii, compete, per le leggi vigenti, azione di emulazione al vicino se l'altro elevi più alto il suo fabbricato?

È regola generale, che ciascuno ha libera facoltà di esercitare il suo diritto. Se vuole esercitarlo, non può esserne impedito pel motivo, che in cotesto esercizio si arreca danno ad altri; avvegnachè èvvi pure una regola generale, che non commette azione dolosa o dannosa colui, il quale esercita il proprio diritto: *nullus videtur dolo facere qui iure suo utitur.*

Di che osservi, pel dominio nel giure romano, che il proprietario nell'esercizio del suo diritto non poteva esser mica impedito. Egli avea una piena libertà, rappresentava una illimitata autorità sulla cosa, in guisa che questa in tutto gli apparteneva. Il subietto avea la facoltà di esercitare sulla cosa la sua potestà illimitatamente, anche distruggendola, e di escludere qualunque altra influenza sulla cosa medesima: *recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam quum usus fructus alienus est, quia usus fructus non dominii pars, sed servitus sit ut via et iter; nec falso dici, totum meum esse, cuius non potest ulla pars dici alterius esse* L. 25 de V. S.

Si accennano, è vero, talune limitazioni al diritto di dominio, sia per le esigenze dell'utilità pubblica od ordine pubblico, sia per servitù, che lo stesso proprietario avesse per avventura costituita sulla sua proprietà; esclusi però codesti casi, l'esercizio del diritto di dominio poteva liberamente svolgersi, anche quando si fosse arrecato danno ad altri. Sia pure, dice il giureconsulto Proculo, che io abbia assunto obbligo pel danno temuto; codesto obbligo per altro non vincola, se io eleverò più alto il mio fabbricato di fronte a quello del mio vicino; perchè non può dirsi che io arreco danno, quando fo uso del mio diritto; *Proculus ait cum quis iure quid in suo faceret, quamvis promisisset damni infecti vicino, non tamen eum teneri ea stipulatione, veluti si iuxta mea aedificia habeas aedificia, eaque iure tuo altius tollas, quamvis enim illuc luminibus officias, tamen ex ea stipulatione actionem mihi non competere, scilicet quia non debeat videri is*

---

[1] In seguito a permesso avuto dall' Egregio Consigliere sig. Guerritore pubblichiamo anche noi questo importante articolo. il quale fu pubblicato da « *la Domenica giudiziaria.* Vedi la sentenza del Tribunale di Salerno del 30 luglio 1897 (pag. 388 di questo fascicolo), che andò in diverso avviso.

damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur. L. 26 de damn. inf.

Più specialmente Diocleziano e Massimiano insegnano, che se il predio del vicino non è soggetto a servitú, può bene esser alzato più alto, senza aver l'altro vicino diritto qualechesiasi a muover lamento, massime quando il predio non è soggetto a servitú: *altius quidem aedificia tollere si domus servitutem non debeat, dominus eius minime prohibetur.*

Infine Ulpiano pone il caso, che non essendovi servitù, non compete azione veruna contro quegli, che elevando le suè fabbriche, oscuri le case del vicino:*cum eo, qui tollendo obscurat vicini aedes, quibus non serviat, nulla competit actio* « L. 9 de servit. urb. praed. » Conciossiachè, al dire del Perezio, *qui prohibere vult, ne luminibus officiat, ius servitutis ostendere debet, non sine eo potest quisque suum aedificium tollere et aedificare etiamsi obscurat lumina vicini.*

Adunque, per i responsi dei giureconsulti romani, il proprietario, meno per le esigenze dell'ordine od utilità pubblica, o per una servitù costituita, avea il pieno godimento del suo predio; poteva elevarlo più alto, e financo per tale altezza oscurare la casa del vicino. A costui non competeva veruna azione per simiglianti novità: non avea diritto a dire, che, elevandosi le fabbriche, ciò si faceva a suo dispetto, per ingiuria, inimicizia od emulazione, avvegnaché il proprietario esercitando il proprio didiritto non arreca danno ad altri: *nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet.*

Vero è però che nella legge 3 « de operibus publicis » si accenna ad emulazione, dicendosi nei seguenti termini: *opus novum, privato, etiam sine Principis auctoritate, facere licet; praeterquam si ad aemulationem alterius civitatis pertineat, vel materiam seditionis praebeat; vel circum, theatrum, vel anphiteatrum sit.*

Ma cotesta legge anzi conferma il principio, che il proprietario nell'esercizio del suo diritto di dominio non può esser soggetto ad azione di emulazione per parte del vicino *privato, etiam sine Principis auctoritate, facere licet;* sarebbe però l' emulazione ammissibile nel caso soltanto che l'opera si facesse per emulazione della città; dunque è questa nei rapporti dell' interesse pubblico, non dei privati fra loro.

Per il diritto intermedio, che, al dire dell'esimio giureconsulto Vincenzo Lomonaco, è l' ondeggiamento tda i principii di forte dominio e di forte convenzione, venne professandosi una diversa teoria nata dai due tradizionali broccardi, *malitiis haud indulgendum; quod uni non nocet, et alteri prodest, id facile concedendum.* Di che agevole argomentare all' emulazione ammessa dai giureconsulti del tempo—*Aemulatio,* così il Cardinale De Luca, *consistere dicitur, ubi scilicet quis facit, vel respective prohibet id quod sibi nullam affert utilitatem, et alteri damnum causat.* Onde lo stesso De Luca in applicazione circa il diritto

di edificare si pronunzia *pro aedificandi*; soggiunge però, che l' edificante nel suo diritto pel caso dell' emulazione, e financo *favore honestatis*.

Il Vescovo Francesco Verde pone anche un caso concreto, cioè, che intercedendo un giusto spazio tra l' uno e l' altro edifizio, non possa l'uno oscurare le luci dell'altro quando edifichi *ad aemulationem*; stantechè il Verde, poggiandosi sulla legge 3ª « de operibus publicis », dice, che un' opera fatta per invidia altrui, per disprezzo od emulazione è riprovata dal diritto. Ma codesta dottrina del Verde, a prescindere che non è esatta, perchè la premessa da lui addotta circa la legge 3 « de operibus publicis » è nei rapporti dell'utilità pubblica, e non dei privati, si ha ancora, che l'emulazione alla quale egli accenna è nel campo morale, non nel dritto civile.

E lo stesso Duareno, che pure accenna alla emulazione, confessa che simigliante motivo trova un appoggio nell' umanità e nell' equità, cioè sulla morale, non sul puro diritto civile, che faculta il proprietario ad elevare le sue fabbriche anche quando sieno oscurate quelle del vicino: *Cuius est solum, eius est usque ad coelum. Nam coelum quod supra meum est solum, mihi liberum esse debet. Itaque altius extollere aedes suas si nullam debeant servitutem et vicinas obscurare cuique licet. Hoc ita accipiendum esse nonnulli crediderunt, nisi forte talis elatio non prosit aedificanti, et vicino noceat. Quam sententiam propter aequitatem et humanitatem amplector*.

Ma codesto sentimento di morale o di coscienza nell'esercizio del diritto di proprietà non fu atteso dal codice francese, seguito di poi dalle leggi del napoletano e dal codice italiano. Conciossiachè senza cadere nella perniciosa confusione del dritto con la morale, si volle tener presente il concetto romano, pel quale il proprietario ha il diritto più esteso che altri aver possa sopra una cosa. Questo diritto rende il proprietario padrone e signore della cosa, e gli dà in quella una potenza assoluta limitata soltanto dal fatto proprio per servitù costituita, o da un interesse generale consacrato per legge o regolamento. « Il proprietario di una cosa, diceva il tributo Faure al tribunato francese, « ha
« il diritto di usare come crede a proposito: la conservi o la
« distrugga o la doni, egli è il padrone assoluto. Senza dubbio
« la sua libertà può in certi casi esser limitata dalla legge o dai
« regolamenti, ma quella limitazione non ha luogo, che quando
« è comandata da un interesse più potente; essa non è stabilita,
« che per il bene generale, al quale l'interesse particolare deve
« cedere ».

Oltre codeste restrizioni non è dato crearne per la moralità e l' equità. La parola chiara ed esplicita della legge è recisamente imperatoria nel respingere qualsiasi restrizione allo esercizio del diritto di proprietà, che non sia imposta da lei stessa. È regola fondamentale, che le leggi, che restringono il libero esercizio dei diritti, non si estendono oltre i casi in esse espressi.

Gli atti emulativi possono essere riservati alla teologia ed all'etica, ma non potranno dirsi giammai limitazioni o restrizioni del diritto di proprietà. Saranno l'invidia, il disprezzo, o l'emulazione atti riprovevoli nel campo sconfinato dalla morale, ma non possono mai ritenersi, per diritto vigente, come limitazioni del dritto di proprietà. Si lasci al dispotismo il pretendere che la società abbia il compito di scrutare e perscrutare se il cittadino usi di questo o di quel suo diritto per fini ragionevoli o morali, od invece per l'appagamento di cattive passioni, e possa ella quindi togliere l'uso di un diritto per motivo dell'abuso. Ma pel diritto moderno la legge ha soltanto l'uffizio di regolare l'esercizio dei dritti in modo che tutti i diritti di tutti gli uomini coesistano armonicamente. Ove la legge non reputi necessario a questo scopo restringere l' esercizio di un diritto, l' esercizio di cotesto diritto deve ritenersi libero.

Se una via pubblica interceda tra l'una e l' altra proprietà, si possono bene elevare le fabbriche fino al punto di oscurare le case del vicino. Non v'è restrizione che tenga: il diritto di proprietà lo faculta, e la legge non lo vieta.

Si appalesi pure un'intenzione malvagia di alcuno ad elevare le fabbriche nella sua casa a fine di disprezzo, o di vendetta, o di emulazione; ma in ciò la legge non ha che vedere. Sarà biasimevole innanzi a Dio cotesta opera; ma la non può essere sospesa dal giudice, perchè egli ha il compito di dichiarare il *suum cuique tribuere*, ma non giudicare delle altrui coscienze. La proprietà è il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta, limitata soltanto dalle leggi o dai regolamenti, non dalla morale, dalla coscienza o dall'emulazione.

Rimane adunque dimostrato, che per le leggi vigenti non compete azione di emulazione al vicino, se, intercedendo una pubblica via, l'altro elevi piu alto il suo fabbricato.

Francescantonio Guerritore
Consigliere della Corte di Appello di Napoli

Imprescrittibilità dell' azione per l' annullamento del matrimonio per impotenza

La Corte d' appello di Palermo ha recentemente giudicato che l' azione per l' annullamento del matrimonio per impotenza non è soggetta ad alcuna prescrizione, ribadendo cosi un concetto degno di nota non solo per la corretta interpetrazione del testo legislativo, ma anche per un'alta significazione morale ed umana (1).

(1) Decisione 29 marzo 1897. — « La Corte, ecc. — Minacapilli, che contrasse matrimonio fin dal 13 settembre 1883, con citazione 16 novembre 1894 credette conve-

Fu, se non erriamo, la Corte d'appello di Casale a sentenziare per la prima volta (e fortunatamente per l'ultima) che l'esercizio dell'azione di nullità per causa di impotenza si perime per l'inazione in cui sia rimasto l'altro coniuge durante un lungo tempo di convivenza e di coabitazione.

La Corte di Casale così ragionò: « Il legislatore mentre prefinì il termine di un anno, e non oltre, per proporre la domanda di nullità di un matrimonio per incompetenza dell'ufficiale dello stato civile, mentre ordinò che simile domanda, per non libero consenso di uno degli sposi o per errore nella persona, non fosse più da ammettersi se vi era stata coabitazione continuata per un mese dopo che lo sposo aveva riacquistato la sua piena libertà o riconosciuto l'errore, non appose poi alcun termine nell'art. 107, entro il quale si potesse chiedere l'annullamento per impotenza. Ma se è vero il silenzio della legge, pure è da ammettersi la presunzione, che appunto non siasi a tal riguardo preferito un

---

niente chiamare il marito Ingala innanzi il Tribunale di Caltanissetta chiedendo pronunziarsi la nullità del matrimonio per impotenza del marito continua, anteriore al matrimonio ed irreparabile, deducendo analoga perizia. Ingala, con comparsa 1 luglio 1895, eccepì l'inammissibilità dell'istanza per essere l'impotenza esclusa dal fatto della convivenza per oltre 11 anni, e la perenzione dell'azione durante quel lungo periodo di convivenza, e non esser la proposta perizia mezzo conducente allo scopo, poichè, anche nell'ipotesi che potessero i periti affermare l'impotenza per qualsivoglia ragione fisica (il che s'impugnava), giammai avrebbero potuto constatarne l'anteriorità al matrimonio.

« E con altra comparsa 16 settembre 1895, insistendo sulla inammissibilità dell'avversa istanza, deduceva come per l'allegata impotenza del marito dovea sorgere la conseguenza della verginità della moglie ed in via subordinata chiedeva ordinarsi la perizia sulla persona di essa per constatare se fosse o no in istato verginale.

« Il Tribunale, con sentenza 21-24 settembre 1895, ammetteva perizia per constatare se l'Ingala fosse affetto da impotenza manifesta, perpetua, anteriore al matrimonio e nominava tre periti per ispezionare l'Ingala ed in ispecie i suoi organi genitali, e verificare coi mezzi dedotti dalla scienza, la sussistenza o no delle dette condizioni.

« Or, tralasciando ogni inutile disquisizione, l'esame in questa sede si restringe all'ammissibilità o inammissibilità dell'azione proposta dalla Minacapilli, e nel caso di ammissibilità se attendibile il mezzo delle perizie.

« Dall'appellante si vuole inammissibile l'azione di nullità allegando la perenzione pel decorso di tanti anni di convivenza, senza indicare alcuna disposizione di legge che commini la decadenza. Nè certo poteva accennarne, poichè nel codice civile non ne esiste.

« L'art. 107 del codice civile dispone: « L'impotenza manifesta e perpetua, quando sia anteriore al matrimonio, *può esser proposta* come causa di nullità dall'altro coniuge », ma non fissa alcun termine entro il quale possa proporsi, e, come bene osservavano i primi giudici, basterebbe confrontare gli articoli relativi ai casi di nullità del matrimonio, nei quali l'azione è condizionata al termine, per dedurne che non si volle soggetta a termine la nullità di cui all'art. 107.

« Nelle comparse in primo giudizio dalla Minacapilli si accennò ad errore, ma gli art. 105 e 106 del codice civile si riferiscono ad errore sulla identità della persona, non sulle qualità fisiche di essa, che si ebbero di mira coll'art. 107 successivo.

« Quando poi si accennò dall'Ingala alla prescrizione di 5 anni, stabilita per le

termine, oltre il quale l'azione in nullità fosse prescritta, sulla considerazione che, essendo del matrimonio uno dei precipui fini il congiungimento di due persone di sesso diverso per la procreazione, fosse da supporre che quella di loro, la quale avesse a rimproverare all'altra del non operarsi per suo fatto il congiungimento, non avesse tardato a provvedersi per il dissolvimento di un vincolo contratto bensì in cospetto della legge, ma il quale in cospetto della natura più non poteva essere riconosciuto come vincolo. » (Decisione 27 maggio 1872).

È un ragionamento che dimostra una scarsa conoscenza dei più elementari principii giuridici. È forse possibile stabilire, in via di presunzione, le decadenze non ammesse o non contemplate dalla legge? Se la legge non parla di decadenza, non è lecito al magistrato supplire a tale silenzio, applicando ad arbitrio una pena che la legge stessa non ha voluto comminare. Per il principio appunto che il legislatore *ubi voluit expressit*, devesi ritenere che avendo stabilito un termine perentorio per far valere

---

azioni di nullità e di rescissione dell'art. 1300 codice civile non si vide che se il matrimonio, come tutti i contratti, si basa sul consenso, esso però, in ragione del suo scopo eminentemente morale e dei rapporti che produce, non può parificarsi agli altri contratti, tant'è vero che tutto ciò che riguarda il matrimonio, sia per contrarlo che per sciogliierlo, è disciplinato nel libro I che tratta delle persone, e l'art. 1300 trovasi nel libro III al titolo V, che riguarda le obbligazioni e contratti in genere, ed ove, se vien contemplato il contratto di matrimonio, lo è soltanto relativamente ai beni, ma non alle persone dei coniugi.

« L'acquiescenza per 11 anni non può essere di ostacolo all'azione, poichè dall'omesso esercizio di un dritto concernente lo stato personale non può dedursene decadenza senza creare nuove prescrizioni non contemplate dalla legge, massime trattandosi di questioni che interessano l'ordine pubblico e che non possono formare oggetto di convenzione.

« Esclusa la inammissibilità dell'azione è evidente di esser la perizia il mezzo migliore per accertare o escludere l'impotenza al compimento del debito coniugale per causa di fisica imperfezione, e questo è il mezzo generalmente indicato dagli scrittori e dalla giurisprudenza.

« Infatti, se l'impotenza deve essere manifesta, cioè tale che debba presentarsi vera e certa in modo che, quasi prima che alla mente, si rilevi ai sensi per segni materiali, esteriori, visibili e tangibili sulla persona, nessun' altro mezzo potrebbe trovarsi che l'ispezione e rilievi di esperti, eseguiti secondo i dettami della scienza, alla quale non può restar celato se la fisica imperfezione sia congenita oppure susseguita, e se temporanea o perfetta. Bene pertanto veniva ammessa la perizia dai primi giudici una volta che presentavasi attinente allo scopo e non vietata dalla legge.

« Sul secondo motivo, per non avere cioè il Tribunale ammesso la perizia per constatare la verginità della Minacapilli, se presentavasi l'istanza inconcludente e irrilevante in primo giudizio, diventa irrisoria in questa sede. A cosa può approdare la chiesta perizia sullo stato verginale della Minicapilli, quando colla comparsa conclusionale si sostiene che essa da due anni convive in adultera tresca col drudo?

« È superfluo accennare che, ove pure fosse risultato di avere la Minacapilli avuto unione carnale, da ciò non restava provato che chi a lei s'univa fosse il marito od altri.

« A certe difese manca ogni seria ragione di sostegno, nè è uopo di molte considerazioni per dimostrare la inanità. » (*Est.* Fois).

le domande di nullità fondate su altre cause, e taciuto affatto del termine relativamente alla domanda di nullità per impotenza, non abbia inteso in alcun modo di apporre un termine perentorio per l'esercizio di siffatta azione.

Come ben dice il Ricci (1), dato il ragionamento della Corte di Casale, a quanto dovrà fissarsi la durata di siffatto termine perentorio? A un mese, ad un anno, a tre anni, o a quanto? E perchè il termine devesi ritenere, per esempio, di un anno e non di due, di tre, di quattro e via dicendo? È possibile che regni tanta incertezza e tanta elasticità in una materia così importante e regolata in modo così preciso come la decadenza? Un tribunale, poniamo il caso, riterrà perenta l'azione per il decorso di un anno: un altro tribunale ne esigerà dieci; un altro venti, ecc.; e dipenderà così dall'arbitrio del magistrato il riconoscere o no la facoltà di esercitare un dritto.

Ora questo sarebbe un sistema assolutamente assurdo. Sia pur lunga quanto si voglia la coabitazione dei coniugi, questa non è una buona ragione per ritenere che siasi rinunziato a domandare la nullità del matrimonio a cagione d' impotenza. La coabitazione, infatti, può essersi continuata allo scopo di accertarsi tanto della realtà dell'impotenza stessa, quanto della sua insanabilità; la rinunzia dunque all'esercizio dell'azione di nullità non è una necessaria conseguenza della protratta coabitazione dei coniugi. L'azione pertanto non può essere soggetta che alla prescrizione trentennale dell'art. 2135, cui è soggetta ogni altra azione che non abbia un limite più breve indicato dalla legge.

E non è il caso di parlare di prescrizione quinquennale, stabilita per le azioni di nullità e di rescissione dall'art. 1300, perchè se il matrimonio, come tutti i contratti, si basa sul consenso, esso però non può parificarsi, per il suo scopo eminentemente morale e per i rapporti che ne derivano, agli altri contratti. Tanto è vero, che tutto quanto riguarda il matrimonio, sia per contrarlo che per iscioglierlo, è disciplinato nel libro I che tratta delle persone, mentre l'art. 1300 si trova nel libro III al titolo IV, che riguarda le obbligazioni ed i contratti in genere, e dove, se vien contemplato il contratto di matrimonio, lo è soltanto relativamente ai beni, ma non alle persone dei coniugi. Senza contare che la natura particolare della prescrizione quinquennale è basata su di una conferma tacita; ora, in materia di matrimonio la legge non ammette altra conferma tacita all'infuori di quella espressamente considerata nell'art. 106.

Tutta la giurisprudenza posteriore alla decisione della Corte di Casale è schierata in favore della imprescrittibilità dell'azione, o quanto meno della prescrizione trentennale; si consultino infatti i giudicati seguenti: Cass. Firenze, 7 luglio 1873 (*Annali*, VIII, 1, 316); App. Venezia, 14 marzo 1882 (*Temi ven.*, 1883, 159), e 7 settembre 1883 (*Giur ital.*, 1884, II, 157; *Temi ven.*, 1883,

(1) Ricci, *Diritto civile*, 2ª ediz., vol. I, parte 1ª, n. 309.

496; *Legge*, 1883, II, 813); App. Torino, 17 dicembre 1884 (*Legge*. 1885, 558; *Giur. ital.*, 1885, II, 277; *Annali*, III, 1884, 162); App. Catania, 30 maggio 1887 (*Foro ital.*, 1887, 470; *Annali*, 1887, III, 141).

Lo stesso dicasi della dottrina; oltre il Ricci al luogo citato, possono consultarsi: Bianchi, *Codice civile*, vol. II, n. 79; De Filippis, *Diritto civile*, vol. IX, n. 100; Chironi, nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, II, 420; Vedani, nella *Giurisprudenza italiana*, 1888, IV, 294; Laurent, *Droit civil*, XII, 434, 445 e 454; Demante, *Cours analytique*, I, 361; Zachariae, *Droit civil*, III, § 459.

Fra le due soluzioni, quella della prescrittibilità dopo i trent' anni e quella della imprescrittibilità assoluta, noi scegliamo quest'ultima, perchè più rigorosa e radicale. E confortiamo l'opinione nostra con un ragionamento molto semplice, che, ci pare, non è stato fatto finora, o è stato fatto in via secondaria ed in termini poco precisi.

Noi diciamo che la prescrizione deve essere determinata dalla natura della nullità su cui vien basata la domanda di scioglimento. Se la nullità è *relativa*, si potrà parlare di prescrizione per un tempo più o meno lungo, in ordine alle precise disposizioni di legge, perchè le nullità relative sono basate su di un interesse privato; ma se invece si tratta di nullità *assoluta*, allora noi diciamo che l'azione è imprescrittibile, perchè la legge non può volere che un'azione la quale ha uno scopo così morale ed umano, come quello di vedere annullato un matrimonio che agli effetti naturali è stato inutilmente contratto, la legge non può volere, noi diciamo, che questa azione abbia un termine, sia pure di lunghissimo tempo.

Un matrimonio annullabile per impotenza (e lo stesso dicasi per un matrimonio annullabile per bigamia od incesto), turba l'ordine pubblico così dopo un anno come dopo trenta; lo scandalo è permanente, e quindi l' interesse generale mentre chiede una prescrizione per le azioni in genere, domanda che quest' azione speciale non si prescriva *mai*, perchè vuole che, accertata la causa che dà luogo alla nullità assoluta, il matrimonio venga annullato, qualunque sia il tempo trascorso dalla sua celebrazione, vi sia stata o no coabitazione tra i coniugi.

Alfredo Tortori

PARTE SECONDA - GIURISPRUDENZA

Corte di Cassazione di Napoli — *2 ottobre 1897*

Ciampa *PP.* — Antonucci *Est.*

Meduri (avv. Soprano) c.° Banca d'Italia (avv. Semmola)

Cambiale — Avallante e prenditore della medesima — Elementi estrinseci alla cambiale per ritenere la validità dell'avallo— Banca d'Italia — Certificato del Direttore (art. 48 cod. comm.).

a) *Trattandosi di una cambiale, in cui l'avallo è dato dallo stesso prenditore della cambiale nella qualità di mandatario, per conto e a nome del suo mandante, può il Magistrato attingere da elementi estrinseci alla stessa cambiale la convinzione che, malgrado il tenore del titolo, non vi fosse nell'affare contraddizione d'interessi tra il mandante e il mandatario, che questi in realtà non creasse un titolo a sè stesso contro il mandante e che quindi il suo avallo fosse valido.*

b) *Il certificato rilasciato dal Direttore di una succursale della Banca d'Italia non può far fede in giudizio del suo contenuto in favore di essa Banca, non ostante si dicesse che il fatto dichiarato risultasse dai registri della medesima.*

c) *La Banca d'Italia non è che una società commerciale, e non già un pubblico istituto; e quindi il suo Direttore non può equipararsi a un pubblico Uffiziale.*

I fratelli Antonio e Vincenzo Ferrigno esercitavano in comune un largo commercio. Per i bisogni di tale commercio Vincenzo nominò suo procuratore speciale Antonio, autorizzandolo espressamente a potere in nome e parte di esso mandante avallare qualsiasi effetto commerciale e per qualsivoglia somma e a potere detti effetti scontare presso qualunque istituto bancario del Regno.

Cotesto mandato fu originalmente depositato presso la succursale della già Banca Nazionale di Catanzaro, oggi Banca d'Italia, la quale ammise perciò allo sconto non pochi effetti portanti la firma di avallo di Antonio per procura di suo fratello Vincenzo.

Tra gli effetti ammessi allo sconto ve ne furono di L. 132,000 con la data di emissione 18 aprile 1890 così concepito: a tre mesi data pagherò per questo vaglia cambiario all'ordine del signor Antonio Ferrigno la somma di L. 132000 nel mio domicilio in Catanzaro presso l'avvocato Errico de Seta. « Accetto Francesco Ferrigno ». Tale effetto girato da Antonio al figlio Liberato venne da costui girato alla Banca.

Alla scadenza non essendosi detto effetto soddisfatto, la Banca lo

fece protestare; indi convenne tutti i firmatarii davanti al Tribunale di Catanzaro per la condanna. Il quale Magistrato con sentenza dei 7-10 Settembre 1890 in contumacia dei convenuti accolse la domanda.

Cotesta sentenza, dopo un'altra fase del giudizio della quale non è uopo occuparsi, venne appellata dalla signora Francesca Meduri, vedova di Vincenzo Ferrigno deceduto nelle more del giudizio, tanto in nome proprio, quanto nella qualità di madre ed amministratrice dei beni dei figli minori procreati col detto Vincenzo.

I motivi del gravame furono: 1° Che la istanza era nulla: 2° che Antonio Ferrigno, procuratore di Vincenzo, non poteva obbligare costui in una cambiale tratta a proprio favore, in altri termini non poteva creare un titolo a se stesso contro il mandante: 3° che il mandato era stato già rivocato con istrumento del 2 giugno 1890, il quale istrumento era pure a conoscenza della Banca, come subordinatamente se ne domandava la prova per titoli e testimoni.

La Banca, a combattere il 2° motivo dell' appello, dedusse, che la cambiale, in virtù della quale si agiva, era una rinnovazione di altra più antica della somma di L. 150.000, nella quale figurava Vincenzo come avallante, ma non figurava Antonio; il quale, ad ottenere dappoi la rinnovazione, aveva aggiunto il proprio nome come prenditore, rimanendo così coobbligato col fratello verso la Banca.

A dimostrare tutto ciò esibì un certificato del proprio Direttore, il quale assicurò il tutto risultare dai registri della Banca.

La Corte di appello, fondandosi su tal certificato, si convinse che Antonio Ferrigno non avea creato un titolo a se stesso contro il mandante, e che invece avea fatto l' utile di costui rinnovandogli una cambiale scaduta. Quindi senza attendere ad alcuno dei motivi dello appello, con sentenza dei 29 marzo 1894 confermò pienamente quella appellata.

Contro tale pronunziato della Corte ha prodotto ricorso la signora Meduri affidandolo a tre mezzi di annullamento.

Col 1° dice violati gli articoli 35, 36, 37 N. 6; 361, N. 2; 490 e 517 cod proc. civ. 1236, 1267, 1898, 1907, 1915, 1917 cod. civ. 251, 254, 274, 275 e 310 cod. di comm. per avere la Corte di appello ritenuto che la cambiale dei 18 aprile 1890 fosse una rinnovazione di precedenti cambiali; ed a queste si dovesse risalire, per giudicare della efficacia della obbligazione di Vincenzo Ferrigno assunta dal mandatario Antonio: mentre invece essa Corte si sarebbe dovuta soffermare alla cambiale, in virtù della quale si era promessa l'azione, sia perchè non provato che questa si fosse emessa in rinnovazione di altre cambiali anteriori, sia perchè con la rinnovazione si produce la estinzione della precedente cambiale creandosi una nuova obbligazione autonoma ed indipendente dalla prima.

Col 2° mezzo la ricorrente assume essere stati violati gli articoli 1313, 1315, 1320 e 1329 cod. civ. 28, 44, 48, 50, e 53 cod. di commer-

cio: 360 N. 6, 361 N. 2 e 517 cod. proc. civ. per essersi dalla Corte ritenuto come legittima pruova della genesi e rinnovazione della cambiale, con semplice certificato sottoscritto dal Direttore della succursale della Banca, mentre questi non era un pubblico Uffiziale autorizzato a rilasciare certificati, e neppure i registri originali della Banca potevano far pruova contro il Ferrigno, che avea già cessato di essere commerciante fin dal 2 gennaio 1890.

Col 3° mezzo infine diceva violati gli articoli 44, 369, 374 codice di comm. 1341, 1739 e 1762 cod. civ. 360 N. 6, 361 N. 2 e 517 cod. procod. civ. per avere la Corte di appello esclusa la efficacia della revoca del mandato contenuta nell' istrumento 2 gennaio 1890, e non ammessa la Meduri a provare anche con testimoni che la Banca Nazionale avesse conoscenza di tale revoca, ritenendo invece che questa non potesse opporsi alla Banca, per non essere stata fatta con un atto intimato, o depositato alla Banca stessa, come fu eseguito per il mandato.

Anche la Banca ha prodotto a sua volta contro ricorso affidato pure a tre motivi, i quali intendono in sostanza a combattere il ricorso principale, in quanto che col 1° si dice che la Corte di appello avesse risoluto in fatto la quistione della validità della obbligazione di avallo; col 2° che i fatti accertati dal Direttore della Banca non si fossero impugnati nella loro verità, ma invece nella loro influenza; con l' ultimo finalmente che pure una quistione di fatto avesse risoluta la stessa Corte in ordine alla opportunità o meno della prova testimoniale.

Attesochè davanti i giudici di appello la quistione intorno alla validità dell' obbligazione di avallo s' impegnò tra le parti sotto un doppio aspetto: sotto un primo aspetto, tutto di dritto, se il mandatario potesse creare a suo favore un titolo contro il mandante; sotto l'altro aspetto, tutto di fatto, se con la cambiale del 18 aprile 1890 davvero l'Antonio Ferrigno nella qualità di mandatario di Vincenzo creato avesse un titolo a se stesso contro il mandante, od invece avesse fatto l'utile comune; e più che questo, il vantaggio di costui, da escludere in quello affare ogni conflitto d'interesse tra loro.

La Corte di appello la prima quistione di dritto non la disaminò ma la concedette risoluta in ipotesi sui sensi dell'appellante signora Meduri dicendo: « sarà vero che il mandatario non possa creare a « se stesso un titolo contro il mandante; ma è vero altresì che nella « specie » e così discese allo esame della quistione di fatto. Ciò posto, torna strano che la Banca con la difesa a stampa, in contraddizione pure di quanto aveva dedotto col primo motivo del contro ricorso, sia venuta per risollevare la stessa tesi di dritto davanti questo Supremo Collegio, il quale, a credere di lei dovrebbe e potrebbe risolvere una questione che i giudici di merito si sono astenuti dal disaminare.

Attesochè quanto all' accennata quistione di fatto la ricorrente non ha ragione di lamentare che la Corte di Appello a riconoscere il conflitto d'interesse tra mandante e mandatario, non si sia soffermata esclusivamente al tenore della cambiale, nella quale l'Antonio Ferrigno da una parte figura come prenditore dell'effetto, dall'altra sottoscrive come avallante a nome del suo mandante Vincenzo. Di vero trattandosi di esaminare in tema di fatto se il mandatario avesse con quella obbligazione di avallo ecceduto i termini del mandato creando un titolo a se stesso, ed avesse invece nella sostanza fatto l' interesse esclusivo del mandante come dalla Banca si sosteneva, era naturale che la Corte, anzichè soffermarsi alla forma speciale come l' obbligazione ora assunta, si fosse data ad investigare sulla origine della obbligazione stessa.

Imperocchè una volta vero e certo che quella cambiale non fosse che una delle molte rinnovazioni di altra più antica di L. 150, 000 nella quale non figurasse coobligato l'Antonio, ma soltanto il Vincenzo Ferrigno insieme ad altri con essa, quale che ne fosse la forma apparente ed esteriore avrebbe indubitabilmente il mandatario fatto lo esclusivo interesse del mandante, procurandogli una dilazione mercè una rinnovazione ottenuta con l'obbligazione anche d'esso mandatario quale apparente prenditore.

A raggiungere la quale dimostrazione in fatto, il titolo così come era, non formava alcun' elemento contrario, non opponeva alcun ostacolo imperocchè esso si spiegava benissimo col fine che era inteso di raggiungere; invece bisognava ricorrere ad elementi estrinseci per i quali fosse certo che il mandatario niente affatto aveva creato un titolo a se stesso, ma aveva fatto bensì l' utile del mandante.

Indarno si dica, che risalendo ad una antica cambiale si desse valore ad un titolo rimasto estinto per effetto della seguita rinnovazione, imperocchè nella specie non si trattava di attribuire un fatto giuridico a una obbligazione già novata; invece si trattava di constatare una circostanza occorrente a risolvere una quistione tutta di fatto, quella innanzi accennata, se nell'affare il mandatario avesse fatto il proprio interesse, da far sorgere un conflitto tra l'interesse proprio e quello del mandante; o avesse fatto semplicemente l' interesse di costui.

Così guardata la quistione, essa, lasciando da parte la legalità o meno di mezzi di prova, lo che formerà materia dell' esame del secondo motivo del ricorso, fu bene risoluta a favore della Banca.

Quindi senza fondamento si dicono violate in proposito tutte quelle disposizioni di legge accennate nel primo motivo, il quale perciò vuole esser rigettato.

Attesochè a combattere il secondo mezzo del ricorso in uno si sostiene dalla resistente Banca d'Italia col suo contro ricorso di non

avere la signora Meduri impugnato nella sua verità il certificato esibito dalla Banca.

Dappoiché con la postilla apposta alla comparsa conclusionale presentata dalla signora Meduri fu detto: « S'insiste nella impugna-« tiva di detti fatti insussistenti ed inattendibili, come pure s'impu-« gna di assoluta inefficacia il certificato concernente i suoi registri, « mentre è fuori dubbio che nessuno può creare un titolo per se « stesso, e quindi la Banca non può mai invocare i suoi registri come « mezzi di prova per il suo assunto su l'immaginaria rinnovazione « di cambiale ».

D'altronde è indubitato, che la Corte di merito vide il bisogno di rispondere a queste eccezioni osservando: « Malamente poi si so-« stiene che questa prova non può risultare dal certificato del Di-« rettore della Banca, perocchè non attesta egli un fatto a lui per-« sonale ma ciò che risulta dai registri della Banca ch'è un istituto « pubblico riconosciuto dal governo ». Ora è precisamente contro questi principii affermati dalla Corte di merito che s'insorge dal ricorrente col secondo mezzo del ricorso e quindi non regge la pretesa inammissibilità del medesimo.

Attesochè nel merito non possono per verità ritenersi esatte le osservazioni della Corte, poichè nella specie non trattasi di libri di commercio che per l'art. 48 del detto codice possono far prova in giudizio tra i commercianti, non essendosi i medesimi esibiti, come sarebbe stato necessario, acciò venisse non solo giustificata la regolarità della loro tenuta come richiede lo stesso art. 48, ma per potersi da tutto lo insieme delle annotazioni in essi contenute desumere la verità, che dee essere il fondamento del giudizio. Si era invece in presenza di un semplice certificato di Direttore di una succursale della Banca d'Italia, il quale attestando la voluta rinnovazione affermava di risultare ciò dai registri della Banca, che sono anche qualche cosa di diverso dei libri di commercio.

Epperò occorreva di esaminare quale fede poteva meritare il certificato anzidetto, rilasciato non da un giudice, nè da un Notaio, ma dal Direttore della Banca, ossia dalla stessa.

Attesochè la Corte si è limitata ad osservare che il certificato anzidetto costituiva una prova legale, giacchè il Direttore della Banca non attestava un fatto a lui personale ma ciò che risultava dai registri di un pubblico istituto riconosciuto dal governo. Che non fu al certo risposto a tutte le deduzioni della ricorrente, per cui è manifesto il difetto di motivazione, ma quello ch'è più, venne dalla Corte affermato un principio erroneo, di essere cioè la Banca d'Italia un pubblico istituto, nel mentre non è la medesima che una Società commerciale che per la emissione accordatale è soggetta alla sorveglianza del governo, ma non può per questo considerarsi come una pubblica amministrazione. E molto meno può il suo Direttore equi-

pararsi ad un pubblico Uffiziale, da meritare il suo certificato quella fede che gli è stata attribuita dalla Corte di merito.

Attesochè risoluta nei sensi anzidetti la seconda quistione, perlochè il ricorso debb'essere relativamente ad essa accolto, è inutile discendere allo esame del 3° mezzo, che presenta una quistione subordinata, la quale presuppone validamente dimostrato in fatto non avere il mandatario ecceduto i termini del mandato.

Attesochè l'accoglimento del ricorso importa che la sentenza relativamente al mezzo accolto debba essere annullata, e rinviata la causa per nuovo esame ad altra autorità giudiziaria di pari grado, liberandosi alla ricorrente il deposito.

Attesochè è opportuno rimandare al Magistrato di rinvio il provvedere anche intorno alle spese del presente giudizio di Cassazione.

Per tali motivi ecc.

Corte di Cassazione di Napoli — *2 ottobre 1897*

Ciampa *PP.* — Cerchi *Est.*

Claps (avv. L. Coviello) c.° Telesca (avv. Perez Navarrete)

Azione pauliana — Requisiti essenziali — Loro caratteri (art. 1235 cod. civ.)

Per lo sperimento dell'azione pauliana occorrono due requisiti: il consilium fraudis *e l'* eventus damni.

Il consilium fraudis *si ha quando il debitore ha la scienza e la coscienza, che, dopo l'atto di alienazione, il proprio patrimonio resti insufficiente, e lo addiviene ancora più, per soddisfare le obbligazioni; e non esiste già nella semplice scienza dei propri debiti.*

L' eventus damni *poi consiste nel vedere se l'atto, che si vuol far rivocare, di fatto costituisca il debitore nella insolvenza, o per lo meno ne abbia accresciuto il disavanzo* (1).

Nell' ottobre 1894 i signori Gerardo Telesca, Vito Nicolò ed Emilia Lacerro procedettero a pignoramento di certe uve pendenti in

(1) Le surriferite massime sono conformi alla legge.

L' aver debiti, osserva il Giorgi (*Obbligazioni*, vol. II, n. 271), non è circostanza sufficiente a privare chicchessia della facoltà di amministrare da sè il proprio patrimonio. Nemmeno basta l' essere insolvente, se pure si eccettua la figura specialissima e tutta commerciale del fallimento. Il debitore conserva la facoltà di alienare, disporre per atti fra vivi o di ultima volontà; e tanto a titolo oneroso, quanto a titolo gratuito: di contrarre perfino dei debiti nuovi, perchè *licet alicui adiiciendo sibi creditorem, creditores sui facere deteriorem conditionem* (L. 1, § 2, D. *de separationibus*, XLII, 6). Se pertanto il debitore contrattando, disponendo, alienando, donando, rinunziando, facendo nuovi debiti, agisce di buona fede, nessun dritto acqui-

danno del loro debitore Canio Laginestra. Si oppose a tale pegnoramento il signor Gerardo Claps assumendo di aver comprato quell'uva fin dal dì 15 del mese precedente. I creditori pignoranti impugnarono di simulazione e frode il contratto di vendita. Ed il Pretore dopo una prova testimoniale ordinata e raccolta, con sentenza del 13 giugno 1895 escluse la simulazione, escluse pure la frode sulla considerazione che i creditori erano sufficientemente garentiti del loro credito di circa L. 2000 mercè iscrizione ipotecaria sopra immobili di un valore di L. 13000, mentre d'altra parte il valore delle uve pignorate era soltanto di L. 400.

In appello il Tribunale di Potenza con sentenza 13 aprile 1896 confermò il pronunziato dei primi giudici quanto alla simulazione: accolse invece la pauliana e rivocò l'atto di vendita.

È contro cotesta sentenza che il signor Claps ha prodotto ricorso a questo Supremo Collegio per due motivi di annullamento, i quali si riducono entrambi a ciò che il Tribunale abbia sconosciuto i caratteri giuridici dei due requisiti occorrenti all' azione pauliana, *consilium fraudis et eventus damni.*

Attesochè il Tribunale non con molta esattezza di principii venne a ritenere il *consilium fraudis* da parte del debitore sulla vendita delle uve quando, premettendo in fatto che questi non ignorasse che talune cambiali da lui accettate ed altre avallate erano scadute pochi giorni innanzi di detta vendita e che altre ancora erano prossime a scadere, ne dedusse ch'esso debitore avesse interesse ad incassare il prezzo, per non soddisfare alle obbligazioni : d' onde il consiglio di frode.

Questa però dal Tribunale si doveva ricercare non mica già nella semplice scienza di propri debiti, imperocchè egli è risaputo « *saepe de facultatibus suis plus quam in iis est sperant homines* » invece nella scienza e coscienza che dopo l' atto di alienazione il proprio patrimonio restasse insufficiente, o lo addivenisse ancora più, per

---

stano i suoi creditori, non tanto d'impugnare, ma nemmeno di sindacare questi atti medesimi, sebbene veggano e provino di esserne rimasti danneggiati. La frode del debitore quindi consiste nella *coscienza di danneggiare*, *l'animo nocendi.* Perchè ci sia la frode occorre adunque che l'atto, che si vuol far revocare, abbia reso il debitore insolvibile, o che abbia aumentata la sua insolvenza : la frode suppone che i diritti dei creditori siano lesi dall' atto del debitore ; che questo atto abbia causato un pregiudizio ai creditori.

L'altra condizione necessaria, per potere esercitare l'azione pauliana, è l'*eventus damni*, l'*effectus damni*, il *praejudicium*; e ciò è chiaro, giacchè senza il danno il creditore non avrebbe alcuno interesse ad esercitare l' azione revocatoria. Questo danno consiste nella insolvenza del debitore; e nella espressione *insolvenza* deve comprendersi non solo la mancanza totale del pagamento per effetto dell' atto revocabile, ma eziandio l' ipotesi, in cui il creditore si trovi ridotto a reparto minore, nonchè il caso, in cui la riscossione sia resa più difficile.

soddisfare le obbligazioni; il quale concetto per verità niente affatto assorge nitido dalla sentenza impugnata.

Ma da ciò infuori, in ordine alla partecipazione alla frode da parte del terzo, il Tribunale ha fatto intendere che non ne avesse il vero concetto di dritto· E valga il vero mentre bene ha premesso che come requisito per lo sperimento della pauliana occorresse la non *ignorantia fraudis* da parte del terzo, quando è venuto poi a farne la dimostrazione si è accontentato di dire ch' essa assorgesse chiara in Gerardo Claps dalla sua qualità di cognato di Laginestra, per la quale non poteva ignorare la condizione finanziaria di costui.

Invece la partecipazione del terzo alla frode si sarebbe dovuta, secondo i puri principî di dritto, dal Tribunale ricavare dal non avere esso terzo ignorato che il debitore facendo quell'alienazione intendeva, od almeno sapeva di diminuire il proprio patrimonio col danno dei suoi creditori.

In proposito viene ad essere opportunamente ricordato la legge 10 ff. *Quae in fraud credit*, la quale al § 2° si esprime così: *Quod sit Praetori scienti sic accipimus te conscio et fraude partecipante; non enim si simpliciter scio illum creditores habere hoc sufficit ad contendendum, teneri eum infactum actione; sed si particeps grandis est.* » Ed il successivo § 4 soggiunge: « *Alias autem qui sint aliquem creditores habere, si cum eo contrahat simpliciter sine fraudis conscientia non videtur hac actione teneri.* »

Attesochè quanto all'altro requisito dell'*eventus damni* il Tribunale non fu davvero più felice. Secondo i principii più risaputi non è negato ai creditori ipotecarii lo esperimento dell'azione rivocatoria, imperocchè non sono soltanto i fondi ipotecati che stanno a garentia dei loro creditori, ma in generale tutto il patrimonio del debitore; alla integrità del quale hanno quindi interesse, come qualunque altro creditore chirografario.

Riguardo ad essi però, come riguardo a qualunque altro creditore, che voglia sperimentare la detta azione, occorre che la indagine versi a sapere se l'atto, che si vuol fare rivocare, di fatto costituisca il debitore nella insolvenza, o per lo meno ne abbia accresciuto il disavanzo. Riguardo ad essi quindi è mestieri per quanto è possibile anche presumibilmente indicare se per avventura la loro condizione sia rimasta così peggiorata, da essere venuta meno la sicurezza dei loro crediti, malgrado la ipoteca sostituita a loro favore; e ciò così per la poziorità di creditori privilegiati od anteriori, come per l'entità del patrimonio immobiliare gravato d'ipoteca, e per tutte quelle altre circostanze, che per avventura possono influire a minorarne il valore. Il Tribunale invece si è accontentato intorno a cotesta indagine di dire semplicemente che gli appellanti, cioè i pignoranti, erano creditori in forza di cambiali e che la cambiale fosse esigibile alla scadenza senza ritardo alcuno, non senza soggiungere che il debitore

Lagonistra, il quale sapeva le scadenze che lo minacciavano ed al quale erano stati intimati parecchi precetti mobiliari, doveva far di tutto per tenere in pronto una somma da poter fare onore alla propria firma, e non già alienare a suo cognato 50 quintali di uva che servir dovevano come garentia dei suoi creditori, egli quindi aveva la coscienza di commettere una frode, rendendo, se non impossibile per lo meno difficile la completa esazione dei loro crediti, attendendo nientemeno il giudizio di graduazione, e di cui ignoravano i risultati.

Ora in tutto questo ragionamento, nel quale con poca esattezza il tribunale ancora una volta ritorna al *consilium fraudis*, niente affatto si viene a constatare la insolvenza del debitore, il pregiudizio dei creditori per la garentia dei loro crediti, ma si assume soltanto che il pagamento a favore dei creditori cambiari, i quali per altro erano pure creditori ipotecari , dopo l'atto di vendita era addivenuto difficile.

Con che si addimostra che nel concetto del Tribunale la difficoltà maggiore di esigere il pagamento di un credito possa, senza lo esame dello effettivo montare del patrimonio del debitore, costituire quel tale *eventus damni*, requisito dell'azione pauliana.

Invece il tribunale avrebbe dovuto por mente che al proprietario, che abbia debiti , non è mica interdetto di disporre liberamente e validamente delle cose sue, quando le ragioni dei creditori non rimangono in sostanza escluse , che i creditori cambiarii , i quali più che su questo e su quel fondo hanno fatto principalmente assegnamento sulla buona fede del debitore, non possono mica pretendere di porre limiti al dritto di disporre , che ha il debitore delle cose proprie come meglio gli torni a talento. Possiamo lamentare con l'azione pauliana , l' elemento del danno , ma questo deve consistere, giova ripeterlo, non nella difficoltà maggiore o minore del pagamento ma nel pericolo effettivo della perdita totale, o parziale del credito.

Attesochè anche in una certa contraddizione s'involse il Tribunale quando in una parte affermò che Claps era anche creditore di Laginestra: dall' altra non investigando a quanto potesse ascendere detto credito di Claps, affermò che costui fosse partecipe della frode contro quel detto di Labeone « *cum quis suum recipiat nullum videri fraudem facere*.

Attesochè per i fatti ragionamenti il ricorso dev' essere accolto ed annullata la sentenza impugnata.

Attesochè con l'accoglimento del ricorso si rendono indispensabili gli altri provvedimenti di cui all'art. 544 C. P. C.

Per tali motivi ecc.

Corte di Cassazione di Napoli — *12 ottobre 1897*

Ciampa *P. P.* — Antonucci *Est.*

Ditta Buhlmann (avv.ti Archivolti e Castellano) c.° Spinelli (avv. Nicoletti Altinari).

Vendita commerciale — Danni interessi — Risoluzione del contratto (art. 67 cod. comm„ 1165 cod. civ.) — **Inadempienza da parte del compratore e del venditore—Inesistenza di danni— Sentenza — Omissione di provvedere in caso di domanda censurabile in Cassazione** (art. 517 num. 6 proc. civ.).

a) *In materia commerciale il compratore può sempre chiedere l'indennizzo dei danni che abbia sofferti, nel caso che il venditore non abbia consegnato la merce nell'epoca stabilita, senza avere l obbligo di domandare prima la risoluzione del contratto di compra-vendita.*

b) *Il compratore non può domandare il risarcimento dei danni-interessi contro il venditore per rifiuto di consegna della merce vendutagli, quando egli non abbia pagato merci precedentemente acquistate.*

c) *È annullabile la sentenza che abbia omesso di provvedere su di una domanda di una delle parti.*

Ritenuto in fatto che la Ditta G. Buhlmann con citazione del 15 agosto 1893 convenne in giudizio innanzi al Pretore Natale Spinelli per essere soddisfatto dell' importo di una cambiale di L. 542 nonchè di altre L. 329 prezzo delle merci cui si riferiva una fattura del 1° giugno 1891. La convenuta con altro atto del 27 agosto citò in linea riconvenzionale innanzi allo stesso Pretore la Ditta Buhlmann, deducendo di avere nel 12 settembre 1891 contrattato con la medesima la vendita di alcune forme di formaggio che dovevano essere spedite in determinate scadenze, se nonchè le due forme di formaggio che dovevano essere spedite nel 1° novembre non vennero mandate e fu però ch'essa istante trattenne il pagamento della cambiale rilasciata per altri mesi in precedenza ricevute, ed avendo per la inadempienza della Ditta Buhlmann sofferto dei danni ne chiedeva la rivalsa precisandone l'ammontare in L. 1500. Queste due cause furono portate alla stessa udienza, ed il Pretore con una prima sentenza del 18 ottobre 1893 le riunì, e nel provvedere sulla domanda principale condannò lo Spinelli al pagamento della somma risultante dalla cambiale, mentre per le altre L. 329 ordinò la esibizione della fattura del 1° giugno 1891, riserbando gli ulteriori provvedimenti. Una tale sentenza passò in cosa giudicata, essendosi rigettati gli appelli che avverso la medesima si erano prodotti. Riportata la causa innanzi al Pretore, questi osservò che dalla Ditta Buhlmann non si era esibita la fattura del 1° giugno e quindi non vi era luogo a deliberare sulla domanda

delle L. 329. In quanto ai danni ed interessi rigettò la eccezione di inammissibilità che veniva opposta dalla Ditta ed ordinò alla Spinelli di dedurre specificatamente i fatti che intendeva provare in ordine ai medesimi.

Contro questa sentenza fu prodotto appello dalla Ditta Buhlmann, che, oltre a ripetere la dedotta inammissibilità dei danni, insistette pel pagamento delle L. 329 perchè provata, ed in linea subordinata chiese disporsi l' interrogatorio dello Spinelli su dei fatti all'uopo articolati. Ma il Tribunale prendendo ad esame la sola eccezione di inammissibilità e ritenendola infondata rigettò l'appello.

Ricorre ora per Cassazione la Ditta Buhlmann proponendo i seguenti mezzi di annullamento. 1. La ricorrente dedusse la inammissibilità dell'azione pei danni in base di tassativa disposizione di legge. Ed infatti per l'art. 67 Codice di Comm. non si ha diritto a pretendere la risoluzione di un contratto di compravendita senza la precedente offerta del prezzo, al che non si sarebbe adempito. E quindi non essendo il caso della risoluzione prevista del detto articolo, e non essendosi chiesta la risoluzione giudiziale a mente dell' articolo 1165 C. C., non poteva proporsi l'azione dei danni che è pedissequa della stessa. 2. Essendosi lo Spinelli reso inadempiente, come da precedente giudicato, non poteva pretendere che avesse somministrate delle merci nuove, quando la valuta di quelle già spedite non era stata pagata, doveva invece applicarsi l'art. 1469 C. C., che accorda al venditore la facoltà di non consegnare la merce al compratore quando questi diventi insolvente, come si verificava nella specie.

3. Che la Ditta si dolse con l'appello di non avere il Pretore provveduto sulla fattura del 1° giugno, mentre si era questa esibita, e con apposite conclusioni veniva chiesto in linea subordinata di deferirsi l' interrogatorio allo Spinelli, su di che il Tribunale omise del tutto ogni pronunzia violando gli articoli 517 e 360 c. p. c.

Attesochè non regge il 1° mezzo del ricorso col quale si sostiene che essendo l'azione pei danni pedissequa della risoluzione del contratto non poteva sperimentarsi che in seguito di questa. Imperocchè non è esatto che il compratore abbia sempre l'obbligo di chiedere la risoluzione del contratto per la mancata consegna della merce nell'epoca stabilita, mentre può bene in tal caso chiedere l' indennizzo dei danni che a causa della inadempienza del venditore avrebbe sofferti. E quindi torna inutile lo esame del se non essendosi fatta la offerta del prezzo, possa la risoluzione del contratto verificarsi di dritto ai termini dell'art. 67 c. di comm., o se invece essendo applicabile il disposto dell'art. 1165 C. C., intorno alla condizione risolutiva tacita doveva la risoluzione domandarsi giudiziariamente in conformità dell'art. anzidetto.

Attesochè è però da notare che la eccepita inammissibilità dell'azione pei danni trovano il suo appoggio in altre condizioni giuri-

diche, e mal si opposero i giudici del merito a respingerla. Ed in vero per confessione dello stesso Spinelli contenuta nella sua domanda riconvenzionale dei 28 agosto 1891 veniva accertato che le relazioni commerciali tra esso Spinelli e la Ditta rimontavano ad un'epoca precedente all'ultimo contratto del 12 settembre 1891 per cui la cambiale di cui si chiedeva il pagamento rappresentava lo importo di altre merci precedentemente spedite. Stante ciò è di tutta evidenza che lo Spinelli non aveva soddisfatto il precedente suo debito per le merci anzidette, non poteva pretendere che la Ditta avesse fatte delle nuove somministrazioni, e per non avervi questo adempito farsi a chiedere la rivalsa dei danni, mentre era invece applicabile il noto aforisma: inadempienti non est adimplendum.

Attesochè non varrebbe apporre che avendo la Ditta pel pagamento delle precedenti merci consentito di riceversi una cambiale con la scadenza al 30 novembre 1891, non aveva il dritto di sospendere il pagamento delle due forme di formaggio che doveva mandare nel 1° di quel mese, giacchè anche ciò ammesso, non conviene però dimenticare, che l'azione istituita dalla Ditta medesima nel 15 agosto 1893 non era pel solo pagamento della cambiale, ma anche per le L. 329 in forza di una fattura del 1° giugno 1891, su di che il Tribunale omise in tutto di provvedere, e forma ciò oggetto del 3° mezzo del ricorso, che è senza dubbio fondato, e deve essere accolto indipendentemente dalla quistione sulla inammissibilità dell'azione pei danni. Imperocchè su questo capo di domanda vi fu l'espressa conclusione della Ditta come si è innanzi notato, e quindi doveva sempre il Tribunale provvedervi giusta la testuale disposizione dell'art. 517 N. 6 c. p. c.

Ma anche per quanto concerneva i danni ed interessi era indispensabile che prima di rigettarsi la dedotta inammissibilità si fosse per lo meno dal Tribunale istruito sul chiesto pagamento delle L. 329, giacchè essendo anche questo un debito per precedenti somministrazioni di merci, valore senza dubbio a giustificare la mancanza dello invio di quelle tali forme di formaggio, che si dovevano spedire in un'epoca posteriore.

Attesochè debbono quindi accogliersi tanto il 2° che il 3° mezzo del ricorso ed annullarsi di conseguenza l'impugnata sentenza.

Attesochè le spese vanno rinviate al merito e deve intanto restituirsi il deposito.

Per tali motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI NAPOLI — *9 novembre 1897*

CIAMPA *PP.* — PETRUCCELLI *Est.*

Rotondaro (avv. Moriniello) c.º Cavaliere (avv. Mauro)

Appello — Motivi — Non riprodotti nelle comparse — Cassazione — Convincimento di fatto.

a) *Prodottosi appello per diversi motivi, e non riprodotti alcuni di questi nelle comparse conclusionali, il Magistrato non ha il dovere di occuparsene.*

b) *È incensurabile in Cassazione qualunque convincimento di fatto del Magistrato di merito.*

Che con privata scrittura del 18 settembre 1891 Luigi Cavaliere assunse l'obbligo verso di Vincenzo Rotondaro di costruirgli una casa nell'abitato di S. Domenico Tolao, ed a sua volta esso Rotondaro obbligossi di pagare il prezzo convenuto di lire 2167, 50 nel termine di un anno, e, nel caso d'inadempimento, di corrispondere gli interessi alla ragione del 10 0|0 sulla detta somma.

Nel 17 aprile 1894, il Cavaliere citò innanzi al Pretore del Mandamento di Scalea il Rotondaro, per sentirsi condannare al pagamento di lire 1500, residuo di somma maggiore dovutagli per la costruzione della cennata casa, nonchè degl'interessi legali sulla somma stessa.

Il Rotondaro eccepì l'incompetenza del Pretore per ragione di valore, e subordinatamente nel merito dedusse che il Cavaliere non aveva eseguiti i lavori secondo il contratto, e che gli era stata pagata in conto del prezzo una somma maggiore di quella ch'egli avea dichiarata. Quindi il Rotondaro conchiuse di ordinarsi una perizia con l'intervento sul luogo del Pretore, e deferì il giuramento al Cavaliere sulla somma pagatagli in conto.

Con sentenza del 15-16 marzo 1895 il Pretore ordinò una perizia da eseguirsi col suo intervento. Indi con altra sentenza del 18-20 luglio 1895 dispose che il Cavaliere avesse giurato se egli, in conto del prezzo dovutogli per le opere fatte, ricevette lire 1275 dal Rotondaro; ed inoltre il Pretore ordinò che il medesimo perito, dal quale si era eseguita la precedente perizia, specificasse se erano lesioni nella detta casa da imputarsi a colpa del Cavaliere, se e quali opere non eransi da costui fatte secondo il contratto e quali danni il Rotondaro ne avesse risentiti.

Ripropostasi la causa, al seguito di tale nuova perizia e del giuramento prestato dal Cavaliere, altro giuramento gli si deferì dal Rotondaro circa il giorno in cui avvenne il pagamento in conto.

Il Pretore, con sentenza del 1-8 ottobre 1895 ordinò detto giuramento. Adempiutosi tutto ciò, il Pretore, con sentenza del 13-15

febbraio 1896, esaminò le rispettive deduzioni delle parti, la eccezione d'incompetenza proposta dal Rotondaro, e quanto rifletteva l'impugnativa di falso contro i giuramenti enunciati, il rinvio degli atti al giudice penale con la sospensione del giudizio civile, e respinte codeste eccezioni, condannò il Rotondaro a pagare lire 806, 10 al Cavaliere ed i relativi interessi legali nonchè due terze parti delle spese del giudizio.

Il Rotondaro ne interpose appello, con atto del 1 marzo 1896; e per incidente se ne appellò il Cavaliere.

Il Tribunale di Cosenza, con sentenza del 5-20 marzo 1896 dichiarò inammissibile l'appello del Cavaliere ed accolse in parte quello del Rotondaro: quindi ridusse a lire 635.50 la somma dal Rotondaro dovuta al Cavaliere per residuo del prezzo delle opere surriferite; ridusse inoltre alla metà delle spese di prima istanza la condanna al riguardo emessa dal Pretore contro il Rotondaro; e condannò poi il Cavaliere alla metà delle spese del giudizio di appello.

Il Rotondaro contro la sentenza ha prodotto ricorso per cinque motivi.

La Corte ha considerato in dritto che col primo motivo si censura il Tribunale per avere omesso di pronunziare sulla eccezione d'incompetenza proposta in prima istanza da esso ricorrente ed esaminata dal Pretore. Egli è vero che con l'atto di appello del 1 marzo 1896 il Rotondaro si riportava in complesso alle ragioni da lui esposte in prima istanza, senza però specificarle, e soggiungeva di doversi tali ragioni ritenere come motivi del gravame.

Ma con la comparsa conclusionale di appello chiedeva esclusivamente che il Tribunale rivocasse la sentenza impugnata, per la parte relativa agli interessi convenzionali, dichiarandoli non dovuti; che la riformasse, affermando di ammontare a sole lire 288. 50 il debito di esso Rotondaro verso il Cavaliere, fatti i diffalchi secondo le cennate perizie, ed in conseguenza condannarsi il Rotondaro a pagare soltanto tale somma; che infine, ove spettassero gl'interessi convenzionali, li dichiarasse dovuti sulla somma dovuta, tante pei suindicati diffalchi che pei pagamenti fatti.

Or se, nella comparsa conclusionale testè riferita, non si teneva parola della eccezione d'incompetenza, il Tribunale non aveva ragione di occuparsene nel difetto d'istanza delle parti; nè, comunque si fosse trattato d'incompetenza per ragione di valore, aveva l'obbligo di elevarla di ufficio ed esaminarla quando era insussistente.

Per fermo l'articolo 72 del cod. di proc. civ. statuisce: « Il valore della causa si determina dalla domanda » e nel secondo capoverso il medesimo articolo soggiunge: « quando si domandi una somma, che sia parte, e non residuo di una maggiore obbligazione, il valore si desume dall'obbligazione intera, se questa è controversa ». Impe-

rocchè il giudicare delle somme, costituite parte di maggiore obbligazione che sia controversa, vale quanto conoscere dell' intera obbligazione, che continui pel rimanente a sussistere, mentre, trattandosi di residuo, ogni altra parte del debito viene eliminata, e la contestazione si circoscrive alla somma dimandata la quale, non essendo superiore alle lire 1500, tsovasi nei limiti della competenza del Pretore.

Col secondo motivo assume il ricorrente che la sentenza impugnata sia incorsa in contradizione, per aver ritenuto nelle considerazioni che il Cavaliere era responsabile dei danni accertati dalle dette due perizie, e per aver limitato col dispositivo il risarcimento a quei danni esclusivamente indicati nella seconda perizia. Svolgendo la medesima sentenza, si scorge di leggiori che il Tribunale manifestava la ragione per la quale era giusto escludere le lire 247 determinate nella prima perizia come indennizzo. Sicchè nella stessa sentenza si legge: « tale cifra si fonda tutta sopra una ipotesi contradetta dalla realtà dei fatti, dalla perizia e propriamente dai rilievi delle parti ». Il Tribunale espresse così il suo convincimento che è incensurabile dal Supremo Collegio.

Col terzo e quarto motivo si muovono doglianze, dicendo che il Tribunale omise di discutere quanto erasi dedotto in ordine all'art. 1639 Codice Civile, come anche in riguardo alle perizie, alla falsità del giuramento, al rinvio degli atti al giudice penale ed alla sospensione del giudizio civile.

L'art. 1639 testè citato contempla, tra l'altro, la responsabilità dell'imprenditore di fabbriche quando nel corso di 10 anni da che furono esse compiute, presentino pericolo di rovinare, per difetto di costruzione o per vizio del suolo.

Il Tribunale versò nella relativa quistione, tenne per base le due perizie eseguite, e determinò la somma spettante per indennizzo al Rotondaro. Ciò costituisce un mero apprezzamento di fatto, che è sottratto alla censura della Corte regolatrice.

Nè poi di falso giuramento, del rinvio degli atti al giudice penale e di sospensione del giudizio civile si faceano nelle comparse conclusionali di appello, ed il Tribunale, avendo l'cbbligo di discutere quello che formava, in quella sede oggetto della contestazione, a ragione si limitò a provvedere sulla contestazione medesima, onde merita plauso.

(*Omissis*)

Per tali motivi ecc.

Corte d' Appello di Napoli — 27 *agosto 1897*

Nunziante *P. P.* — Conti *Est.*

Municipio di Napoli (avv. Pizzuti) c.° La società dell'acquedotto di Napoli (avv. De Lietto Vollaro)

Colpa contrattuale — Risarcimento di danni — *Solve et repete* **— Patto contrattuale — Validità.**

a) *La colpa contrattuale dà luogo al risarcimento dei danni solo quando la contravvenzione ai patti è dimostrata.*

b) *Il* solve et repete *non è contrario alla legge, e può essere oggetto di contrattazione.*

c) *La concessione municipale di un'opera pubblica fruttifera è un contratto bilaterale. Stipulato in favore del concessionario* il solve et repete *della somma risultante dai bilanci annuali, quale prodotto netto dell'opera stessa e compensativa degl' interessi del capitale occorso per la costruzione, non può il concedente soffermare l' azione di pagamento della differenza tra passivo superante lo attivo con l' impugnare le spese di esercizio, quando la impugnativa richiede mezzi d' istruzione* (1).

Attesochè il Comune di Napoli, che in prima sede sostenne essere la Compagnia dell'acquedotto del Serino obbligata a rendere il conto morale della tenuta gestione dopo che siffatto obbligo non è stato riconosciuto dalla impugnata sentenza, ora in grado di appello assume soltanto, che la gestione dell'acquedotto da parte della Compagnia non sia stata corretta, e che da varii inadempimenti contrattuali possa argomentarsi che ne abbia mantenuto depresso il prodotto traduce in cifre i danni degli inadempimenti, e delle relative somme chiede il rimborso, o almeno l'imputazione al suo dare.

Attesochè prospettata in tal modo la domanda riconvenzionale, e sia come avente per obbietto la stessa sanzione della concessione e propriamente l'esercizio dell'acquedotto, non può essere scissa dalla domanda principale, e deve essere disaminata in questa sede, ove è disaminato il titolo su cui si fonda la domanda principale medesima.

Attesochè le colpe non si presumono, ma deve farsene dimostrazione, questa deve essere evidente affinchè quelle possano costituire la base di una domanda di danni: nella specie la dimostrazione fa difetto.

Attesochè a dimostrare la colpa della Compagnia il Comune esibisce un certificato del sindaco in data 26 giugno 1897. Questo dice

---

(1) Della voluminosa e accurata sentenza redatta dall' illustre Consigliere signor Conti nella causa tra il Municipio di Napoli e la Società dell' acquedotto del Serino, pubblichiamo alcuni brani, i quali risolvono delle quistioni di diritto utili per la pratica.

della esistenza di vari reclami, i quali mettono in essere che si verificò ritardo nella canalizzazione di trenta strade comprese nell'ambito della rete dei primi cento chilometri, di sei nell'ambito esterno della rete, nonchè per cento casi di distribuzione, e tutto ciò dal l'inizio della diffusione dell'acqua al 31 dicembre 1895 dice altresì che 800 concessioni industriali temporanee, e circa 400 concessioni triennali industriali e domestiche sonsi fatte dalla Compagnia con tariffa diversa da quella concordata col Comune e che la posa dei contatori sia man mano ritardata sino a tutto il 1895.

Attesochè relativamente al primo appunto convien ricordare, che la conduttura fu inaugurata nel 10 maggio 1885, e l'opera fu collaudata con due verbali del 22 agosto 1889. Con il primo il Comune verificò e constatò, che la rete principale era stata tutta eseguita per oltre cento chilometri, e col secondo constatò e verificò che la seconda rete sino al 31 dicembre 1889 era stata eseguita per oltre 84 chilometri. Questa seconda rete aumentò negli anni successivi. Or mentre, nel certificato non si designano quali strade al numero di trenta non furono a tempo canalizzate (e sarebbe stato agevole lo indicarle) d'altra parte nel contratto di concessione del 1878 è scritto l'art. 8 pel quale se la Compagnia si fosse rifiutata di protrarre la canalizzazione nelle strade, ove ancora non esiste, purchè richieste ad uso domestico almeno 10 metri di acqua al giorno, il sindaco dopo otto giorni dalla ingiunzione avrebbe potuto comminare una multa di lire 50 per ogni giorno di ritardo. Non si esibisce alcun'atto d'ingiunzione, non fu emanata dal sindaco alcuna ordinanza di multa, e ciò prova che può ammettersi la presunzione che, anche siensi verificati ritardi, questi non si possono ascrivere a colpa della Compagnia.

Attesochè però la presunzione non esclude la contraria prova, e questa dal Comune può essere fornita previa indicazione delle strade e dei tempi nei quali quelle furono canalizzate e chiarendo altresì se i ritardi si verificheranno prima o dopo la riconvenzionale, sulla quale provvide la sentenza del 17 marzo 1890 il che occorre specialmente per poter giudicare, se sulla stessa sia intervenuto il giudicato.

Attesochè simiglianti ragioni valgono per gli altri inadempimenti contrattuali, come il ritardo nella posa e negligenza nella riparazione dei contatori, e l'applicazione della tariffa graduale non riconosciuta dal Municipio. Questi inadempimenti neanche sono determinati in quanto al tempo, ed ai casi speciali. Una più esatta determinazione è necessaria, affinchè il magistrato possa vedere quali mezzi istruttorii sia opportuno disporre. Devesi adunque accordare un termine al Comune affinchè esegua siffatta determinazione.

Attesochè per vedere se in pendenza dei mezzi istruttorii da disporre, e prima che sia risoluta la controversia sollevata sulla per-

tinenza o meno delle spese di esercizio, l'azione della Compagnia pel pagamento della garentia sia soffermata, e possa il magistrato sospenderne la condanna occorre definire l'indole della garentia stessa quale risulta dai contratti.

Attesochè senza riscontrare alle prime origini dell'idea dell'acquedotto, nelle quali forse fu concepita la garentia in relazione al prodotto dell'acqua, e non a quello del capitale occorrente alla costruzione, senza rimontare ad ipotesi, le quali non sono compatibili, col giudizio del magistrato, che deve versare la sua disamina sul dritto certo, il punto di partenza nella risoluzione della controversia sono i contratti che dimostrano il volere dei paciscenti il quale volere quando non è contrario alla legge deve essere rispettato.

Attesochè i contratti delineano due figure, quella del Comune che intende provvedere la città di sane acque potabili, e quella dei concessionarii, i quali si obbligano a costituire una società anonima o Compagnia secondo le leggi inglesi per l'esecuzione della concessione. Con gli articoli 39 e 40 del contratto del 1878 si disse: « La « società dovrà avere un capitale sufficiente ad eseguire i lavori e « tutti gli obblighi della concessione, ed i suoi statuti dovranno es- « sere approvati dal Municipio oltre l'approvazione governativa come « per legge. Fino a quando la Società non sarà costituita, e non avrà « fatta espressa accettazione per pubblico istrumento di questo con- « tratto, i concessionari non saranno disobbligati in nulla. » A questo patto fu dato esecuzione con istrumento del 28 maggio 1881, e la società fu costituita. Or le grandi opere richiedono grossi capitali, i quali si procurano sul mercato mercè emisione di titoli, numero di azioni. Queste tanto hanno valore per quanto è assicurato il pagamento degl'interessi, ed il rimborso, ed il valore stesso scema in proporzione che cresce l'incertezza del pagamento.

Di qui sorse la necessità della garantia del prodotto netto, il quale assicurasse l'annualità necessaria a pagare gl'interessi e l'ammortamento del capitale. Così fu stabilita negli art. 22 e 23 del contratto di concessione la garantia del prodotto del capitale che fu determinato nell'istrumento del 1882 a lire 30,000,000.

La garantia adunque del prodotto netto del capitale fu stabilita nello scopo di mettere in grado i concessionari e per essi la Società di poi costituitasi, di trovare nel mercato le somme occorrenti alla costruzione dell'acquedotto.

Ora il patto determinato da condizione di resistenza di una delle parti contraenti è di rigorosa interpetrazione, e non può alcuna di esse al medesimo sottrarsi.

E tanto più non può sottrarsi in quanto la concessione surse prima del capitale, questo fu raccolto per effetto di quella e la violazione dei patti racchiude il danno dei terzi.

Attesochè se la concessione fatta prima del capitale, se il capi-

tale fu raccolto dopo che il Comune ebbe pattuita la garantia, è questa debba essere rigorosamente osservata per mettere la concessionaria in condizione di mantenere le sue obbligazioni verso i terzi, ciascun vede di quanto momento fosse la pattuita scadenza; perciò si disse nell'art. 23 « il Municipio dovrà pagare alla Compagnia la « differenza in lire sterline ed in tempo utile per essere distribuita « ai possessori dei titoli » e poichè i contraenti previdero che potessero sorgere controversie, le quali avrebbero potuto frapporre indugio all'esecuzione dei pagamenti soggiunsero; « se una contro- « versia sorgesse, essa non potrà mai arrestare, fino alla sua solu- « zione siffatti pagamenti alle epoche determinate ».

Attesochè il patto così concepito non incontra alcun divieto nella legge, la quale invece riconosce, come giustamente osservarono i primi giudici, l'efficacia della scadenza della cambiale, per cui le eccezioni non possono ritardare il pagamento, salvo a provvedersi sulle stesse in prosecuzione del giudizio—e nelle leggi di finanza é stabilito il *solve et repete*. D'altra parte il patto quale risulta dai precitati articoli non rimane nella convenzione isolata perchè in molteplici articoli fu disciplinato lo esercizio con la cauzione di multe in caso di trasgressione, perchè mentre erasi provveduto alla costruzione coi capitali, fu poi provveduto alla funzione dell'acquedotto ed alla gestione del medesimo, perchè nell'art. 36 furono dettate le norme per la organizzazione del contratto della gestione.

Furono i concessionarii obbligati a tenere una scrittura in piena regola, e comunicare il loro bilancio semestrale al Municipio, il quale ha il dritto di verificare ogni conto e la scrittura originale, come ancora il consumo dell'acqua con la verifica dei misuratori o con altri metodi migliori.

Fu imposto il commissario speciale delegato dal Municipio presso la sede amministrativa dei concessionarii, assistito da un contabile o revisore dei concessionarii, con obbligo in costoro di esibire ad ogni richiesta i documenti delle entrate e delle spese, come anche la contabilità generale. Nè l'ufficio del commissario è limitato ad una semplice revisione di contabilità, perchè al Municipio fu data facoltà, di richiedere a mezzo del medesimo commissario tutte quelle economie e riduzioni, che fossero praticabili e conciliabili col buon andamento del servizio. Fu stabilito, per accertare la verità delle entrate, che i contratti speciali di vendita d'acqua ovvero gli abbonamenti, fossero comunicati in copia al Municipio. Fu in fine stabilita la sanzione. « Mancando o rifiutandosi ad esibire i documenti « anzidetti e le scritture i concessionarii incorreranno in una multa « estensibile da lire 10 a 500 ».

Attesochè nei primordii dell'attuazione della convenzione, nell'inizio della gestione « sursero controversie sull'esercizio, e special-

mente sul se potessero le liti da definirsi dal magistrato arrestare il pagamento della garantia.

Il piato terminò con la transazione racchiusa nell'istrumento del 9 giugno 1887, nel quale il Comune esplicitamente riconobbe il dritto della Compagnia.

« La liquidazione delle somme dovute in ciascun anno dal Mu-« nicipio in corrispettivo dell'anzidetta garantia sarà fatta coi primi « giorni del mese di gennaio dell'anno successivo, con le norme sta-« bilite dall'art. 23 del contratto 3 aprile 1888, e del contratto 31 ot-« tobre 1882, ed il pagamento delle somme così accertate sarà fatto « alla Compagnia nel corso dello stesso mese di gennaio. Qualunque « quistione potesse insorgere per avventura in ordine alla liquida-« zione delle spese di esercizio, ed altre, da prelevarsi, giusta l'ar-« ticolo 23 del succitato contratto, sui prodotti lordi dell'esercizio, « non potrà ritardare il pagamento della garantia entro il mese di « gennaio di ciascun anno. »

Attesochè innanzi a così esplicite pattuizioni non è lecito dubitare, che la controversia giudiziaria non possa arrestare l'azione della Compagnia per il pagamento delle somme occorrenti a raggiungere quella garantita.

Attesochè non vale opporre che impugnate le spese di esercizio dubbia diviene la ragione creditoria, e che non saprebbesi determinare lo ammontare della somma dovuta, la quale dovendo risultare dalla differenza tra spesa ed entrata, manchi uno dei termini per la esatta determinazione.

Innanzi tutto il caso fu previsto nel contratto, e specialmente nella transazione del 1887, e le parti analogamente provvidero; ma poi nel contratto stesso, e nel regolamento annesso fu organizzata l'azienda amministrativa, e se ai bilanci fu dalle parti data provvisoria efficacia, questa non può dal magistrato essere disconosciuta. Dai bilanci, adunque, i quali sono rimessi in tempo al Commissario affinchè possa farvi le sue osservazioni, risulta la determinazione della somma, e non può lamentarsi alcuna incertezza che possa dar luogo a condanna condizionale. Nè mena a conseguenza l'essere il Commissario municipale stato organizzato soltanto nel 1891, e che i bilanci del 1889 e 90, sieno stati compilati senza il suo intervento, perchè quei bilanci furono pure al Municipio comunicati in tempo, e se il medesimo provvide ai suoi interessi con norme diverse da quelle accordategli dal contratto, non può certo la Compagnia risentirne danno. *Vigilantibus jura subveniunt.*

Attesochè accade altresì osservare che sorgendo una singola controversia, rilevando il Commissario la inesattezza di una partita, il Codice di procedura civile ha disposizioni che regolano le controversie che non ammettono indugio. Dal mese di luglio, quando è presentato

il bilancio semestrale, al mese di gennaio, si ha tempo bastevole a far risolvere qualunque controversia dal magistrato.

Attesochè nessun argomento in favore del Comune può trarre dalle posteriori convenzioni del 16 agosto 1890, 9 giugno 1892, 4 dicembre 1893, e primo giugno 1894. Con le medesime non furono per nulla mutati i rapporti giuridici tra concedente e concessionaria, tra Comune e Compagnia, ed ebbero per obietto il regolamento provvisorio delle reciproche relazioni, i pagamenti in conto ma ciascuna delle parti rimase integra dei suoi diritti da dichiararsi dal magistrato. Della convenzione del 4 dicembre 1893 non si deve tenere ragione, perchè la medesima mentre fu concepita in termini ampii, e che comprendessero tutte le controversie, che poi sono state portate alla cognizione del magistrato, si riferì ad un arbitramento che non ebbe luogo, e rimase caducata.

Attesochè non essendosi i primi giudici allontanati dagli esposti principii, i quali sono conformi all'indole della garantia assunta, nel contratto ed alla interpetrazione che le parti vi diedero, le impugnate sentenze per i capi che vi si riferiscono debbono essere confermate.

CORTE D'APPELLO DI NAPOLI — *8 ottobre 1897.*

Pres. PETRUCCELLI — GUERRITORE *Est.*

De Luise (avv. E. de Martino) c. Capezza (avv. N. d'Ambra)

Esecuzione immobiliare — Terzo possessore — Citazione del debitore (art. 706 proc. civ.)

Nel giudizio di espropriazione contro il terzo possessore dev'essere citato il debitore quando si domanda l'autorizzazione a vendita

Il sig. Pietro de Luise creditore in forza di giudicato di Antonio Frantera dopo aver notificato a costui precetto immobiliare, denunziò tale precetto con atto 12 giugno 1897 alla signora Antonietta Capezza, ingiungendole a pagare il di lui credito, o rilasciare l'immobile vendutole dal Frontera. — Con atto del 9 luglio la Capezza produsse opposizioni contro tale precetto, deducendo, che della casa minacciata di subastazione, una camera apparteneva a lei, e la determinò, e che il rimanente poteva subastarsi. — Con atto 9 aprile 1897 de Luise fece adesione alla detta opposizione, obbligandosi pagare le spese; e con l'atto medesimo invitò la Capezza a rilasciare ad esso de Luise fra giorni otto la stanza col terrazzo avanti e cantina sottoposta, in mancanza avrebbe fatto procedere alla vendita. Come in effetti con altro atto del 23 detto mese di aprile citò la Capezza in-

nanzi al tribunale perchè si fosse ordinata la vendita sul prezzo offerto dal medesimo de Luise.

Il tribunale con sentenza del 18-21 luglio 1897 dichiarò cessata la materia del contendere sulla opposizione, condannando il de Luise alle spese fino al giorno dell'adesione; dichiarò poi allo stato non trovar luogo a provvedere sulla domanda di vendita per non essersi citato il debitore.

Contro questa sentenza il de Luise produceva appello per due motivi — 1° per la non data condanna alla Capezza ai danni interessi, ai frutti percepiti, ed alle spese — 2° per la non pronunziata autorizzazione a vendere, e il rinvio delle spese. — Con atto del 21 settembre 1897 il de Luise rinunziava al primo motivo dell'appello, insistendo sul secondo.

— Attesochè l'appellante de Luise quantunque si sia gravato per due motivi dalla sentenza dei primi giudici, tuttavia egli con l'atto del 21 settembre 1897 ha abbandonato il primo motivo, insistendo sul secondo, cioè, che nel giudizio di espropriazione non debb'essere citato il debitore. Pertanto la disamina dell'appello versa unicamente su cotesto motivo, senza che per altro l'appellante de Luise fosse stato obbligato a spiegare sul riguardo un formale atto di rinunzia, posto mente che egli abbandonava un motivo dell' appello non rinunziava all'appello.

Attesochè la Corte volge all'avviso, di avere bene i primi giudici sentenziato, ritenendo esser necessaria la presenza del debitore nel giudizio di espropriazione contro il terzo possesore — Per fermo: non può rivocarsi in dubbio, che il giudizio sull'autorizzazione a vendita si connetta al precetto immobiliare, come mezzo a fine, sì che l'uno non possa considerarsi indipendente dall'altro. Ora se il legislatore per l'esecuzione contro il terzo possessore richiede anzitutto che il creditore faccia precetto al debitore pel pagamento del capitale iscritto, sembra logico, che anche nel giudizio di autorizzazione a vendita, che ha luogo per l'inadempienza del debitore, debb'essere costui citato.

E la citazione di costui si appalesa anche giusta; avvegnacchè ammesso che il debitore abbia trasmesso il dominio della cosa sua al terzo, è pur vero, che nello svolgimento del giudizio di espropriazione contro il terzo possessore sia interessato non solo costui, ma anche il debitore, se poni mente, che il terzo ha interesse di conservare il possesso del fondo da lui acquistato, come il debitore ha interesse di schivare ogni sua responsabilità per la perdita di quel possesso.

D'altronde nell'ipotesi di contestazioni circa la validità o meno delle iscrizioni sull'immobile posseduto dal terzo, è certamente non solo costui ma anche il debitore interessato a stare in giudizio per contestazioni simiglianti.

Infine è la parola stessa chiara e precisa della legge che richiede

la presenza del debitore. Infatti: l'art. 706 proc. civ. sancisce che le disposizioni contenute nella sezione precedente riguardo al debitore, eccetto la notificazione del titolo esecutivo, devono altresì osservarsi nel giudizio di espropriazione promosso contro il terzo possessore. Ora se nel giudizio contro il terzo debbono ancora osservarsi le disposizioni contenute nella sezione precedente, che è la prima, cioè la sezione riflettente appunto il giudizio di espropriazione contro il debitore, pare indiscutibile di esser necessaria la presenza di costui nel giudizio contro il terzo possessore. Gli è pertanto, che la sentenza dei primi giudici merita conferma, e non censura, anche pel rinvio dei provvedimenti sulle spese.

Attesochè i provvedimenti sulle spese del presente giudizio d'appello possono rinviarsi ai primi giudici.

TRIBUNALE DI SALERNO — *30 luglio 1897*

PAGLIANO *Pres.* — CUCCURULLO *Est.*

Orilia (avv. Orilia) c.° Serra (avv. Pumpo)

Competenza — Danni-interessi — Valore indeterminato (art. 81 proc. civ.) — **Diritto di proprietà—Limitazioni — Atti** *ad æmulationem* (art. 436 cod. civ.).

a) *La domanda dei danni-interessi a liquidarsi costituisce un valore indeterminato, e quindi è competente il Tribunale.*

b) *Anche per il diritto vigente sono vietati gli atti* ad aemulationem, *cioè quegli atti che il proprietario fa non per giovare a se stesso, ma unicamente per nuocere al vicino* (1).

I signori Antonio, Cesare ed Enrico Orilia, posseggono in Cava, frazione Castagneto, in comunione ereditaria una casa di campagna con annesso giardino, posta sulla via pubblica, dall'altro lato della quale trovasi la villa del Duca di Cardinale Carlo Serra, chiusa da muro di cinta e popolata di alberi.

---

(1) Vedi l'articolo dell'Illustre Consigliere Guerritore a pag. 3?1 del presente fascicolo che sostiene la tesi contraria, intanto dall'allegazione dell'avv. Orilia riproduciamo l'esame della massima, adottata dal Tribunale.

« Passiamo adunque a dimostrare l'ammessibilità della promossa azione notando preliminarmente non esser dubbia la sua definizione. Si tratta di una costruzione fatta ad *aemulationem*, contro della quale nel dritto antico non si dubitò mai di concedere l'azione giudiziaria, sicchè è da porre a rassegna l'antico e l'odierno dritto per decidere se tale azione, oggi, agli attori competa.

« Per il dritto romano occorre ricordare: la legge 38 Dig. *de rei vindicatione*, che attribuisce al possessore della cosa altrui il diritto di esser rifatto delle spese nel

Nello scorso mese di settembre il sig. Orilia Cesare avanzò ricorso all'autorità municipale del luogo per far disporre il taglio dei rami di uno dei detti alberi, rami che eran cresciuti in guisa da far raggiungere la facciata della casina del richiedente.

In base a siffatto reclamo, il Municipio di Cava ordinò, e fece

---

meno tra lo speso ed il migliorato; e viceversa gli proibisce di portar via le cose da lui messe nel fondo se il proprietario offre l'indennità: con che si viene ad escludere l'applicazione della massima *qui suo jure utitur*, nei casi in cui l'usare del proprio dritto, mentre non è utile, arreca danno ad altrui; in relazione al precetto *malitiis non est indulgendum*; — la legge 24 *de servit. praed. urb*, che limita il dritto di sovralzamento, quando sia di danno al vicino — *cuius aedeficium iure superius est. eius est in infinito supra suum aedificium imponere; dum inferiora aedificia non graviore servitute, quam pati debet*; — la legge 24 *de damno infecto*, la quale mentre riconosce in tutti il dritto di usare delle strade pubbliche, soggiunge — *in his igitur licet cuilibet aedificare at destruere, dum tamen sine incommodo cuiusquam fiat*; — la legge 1, § 13 *aqua et aq. pluv. arcendae* che permette al proprietario gli scavi per ricercar le sorgenti — *si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit*; — e la legge 2 § 9 dello stesso titolo che permette la costruzione dei ripari contro la piena dei fiumi e dei torrenti — *si modo non hoc animo facit ut tibi noceat, sed ne sibi noceat*.

« Da questi precetti si venne ricavando la dottrina dell'emulazione. che fu universalmente ricevuta nella scuola e formò il dritto intermedio non ripudiato, come vedremo, dai nuovi codici.

« *Superius molendini dominus prohibere non potest, ne inferiore loco alius molendinum extruat, tametsi ex eo futurum sit, ut superioris reditus diminuatur: si modo iure suo inferioris dominus aedificavit, sive in proprio loco, sive in pubblico,* **nisi constet eo animo aedificasse ut vicino noceret, potius quam ut sibi prodesset, id est, ad aemulationem.** (Codex Fabrianus — L. 3 tit. 24 — definitio V).

» *Itaque altius extollere (potest) aedes suas si nullam debeant servitutem, et vicinas obscurare — hoc ita accipiendum esse nonnulli crediderunt, nisi forte talis elatio* **non prosit aedificanti et vicino noceat.** *Quam sententiam propter aequitatem et humanitatem amplector*. (Duareni—Opera Omnia—In titulo de servitutibus urb. praed.— ad L. 8, Cum eo qui tollendo obscurat).

« *Si quis extollendo aedes suas obscuret lumina vicini, contra eum nulla est actio — Sed* **limitanda est decisio huius legis, nisi quis extollat aedes vel aperiat fenestras aemulationis gratia.** (Brunnemann. Comm. in 50 Lib. Pandectarum — Lib. VIII ad titulum de servit. urb. praed. ad L. 9).

« *Igitur in suo quis quid facit*, libere, *facit, licet alteri noceat, modo sibi prosit*; **nec hoc animo faciat ut alteri obsit.** (Antonio Perezio — Comm. in Pandec. L. VIII Pandectar. Tit. II).

« ...... *In quo proprie aemulatio consistere dicitur, ubi scilicet quis facit, vel respective prohibet id quod sibi nullam affert utilitatem, et alteri damnum causat.* (Cardinal de Luca — Theatrum Ius. et Ver. — De servitut. L. 4, Disc. XLI n. 6).

« *Sed si faciat ut dumtaxat noceat vicino: tunc praesumitur facere ad aemulationem, et praesumitur facere ut noceat, quando nullam sentit utilitatem — Idem forte posset dici, si esset modica utilitas, et magnum damnum vicini, et essent inimici* (Caepolla — Tractatus de servitatibus — Caput XXXIX n. 3).

« *Secundo fallit (regulam qua quisque potest fenestram in muro proprio facere) si vellem in meo facere unam fenestram in loco, in quo esse non consuevit, quando facerem hoc ad aemulationem vel in despectum vicini, puta quia vellem videre omnia secreta sua. In dubio tamen non est praesumendum, quod faciat ad* **aemulationem** *vel* **despectum**, *nisi quando per eam possent videri secreta vicini, et nullam ex hoc*

eseguire di ufficio, il taglio in parola per non aver a tanto ottemperato il sig. Serra nel tempo prefissogli.

Affermano i signori Orilia, che posteriormente a tale fatto, il Duca convenuto ha elevato a smisurata altezza quella parte di muro di cinta della villa, che prospetta la casa degli istanti, in guisa da

---

faciens fenestram perciperet utilitatem; quia tunc crederem quod hoc faceret in despectum. (Lo stesso — Cap. LXII. n. 2).

« Quamlibet praesumi rem suam primum curare, deinde alienam, et sic ordinatam charitatem incipere a se ipsa. (Baldus — Gl. alla l. VI Cod. Lib. III n. 31).

« *Ubi notandum, quod Molina, existimet quidem eum, qui ad aemulationem aedificet, iure naturali non peccare contra Justitiam, quia in suo iure aedificet, sed saltem contra charitatem. Verum enim puto omnino peccare etiam contra iustitiam. Nam iure suo aedificare non potest qui alterum principaliter laedit et iniuriat, ex animo nocendi cupido profluente, afficit, quod omnino prohibitum iure naturali.*

« ...... *Quod ad aemulationem et iniuriam vicini, neque altius, neque aliter aedificare liceat, etiam in re propria.* (Strychio — Disp. 1ª — de Aemulat. cap. 3 -- n. 8, 9, 10 e 11).

« Conjecturae ex quibus aemulatio proterva presumatur sunt sequentes: quando structura nova non est necessaria; quando nullam aut satis exiguam *affert utilitatem,* sed magis suspicionem, injuriam, insidiasque fovet, et, uno verbo, *vicino magnum infert damnum.* (Lo stesso cap. IV, n. 5 e 6).

« Adunque nel dritto antico e nell'intermedio era *jus receptum* la dottrina — di non doversi permettere la costruzione od altra opera la quale *nullam aut exiguam utilitatem* arrecasse al costruttore e fosse invece di grave danno al vicino.

« E questa dottrina vedesi continuata e trasfusa nei nuovi codici.

« Sta in prima la regola scritta nell'art. 3 delle disposizioni preliminari del cod. civ., che qualora una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, si debba aver riguardo *alle disposizioni che regolano casi simili e materie analoghe.*

« Viene di poi l'altra scritta nell'art. 436 del codice medesimo — *la proprietà è il dritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta, purché non se ne faccia un uso vietato dalle leggi e dai regolamenti.*

« E la legge vieta: — *a*) Al proprietario dei materiali, adoperati nelle costruzioni sopra fondi altrui, di reclamarli e riprenderli quando ne venga danno al fondo: art. 449 cod. civ. — *b*) Al proprietario del fondo, di chiedere che siano tolte le piantagioni, costruzioni ed opere fatte da un terzo quando costui fu in buona fede e soffra l'evizione: art. 450 — *c*) Agli utenti delle acque, di distrarre le colature e gli avanzi in danno di chi vien dopo: art. 543, 544 e 545 cod. civ. — *d*) Alla maggioranza de' condomini, d'imporre alla minoranza ciò che risulti *pregiudizievole alla cosa comune:* art. 678 — *e*) Ai vicini, di pretendere che i muri di cinta che separano le rispettive case, orti e giardini da costruirsi a spese comuni, oltrepassino l'altezza di 3 metri; art. 559 — Ai vicini medesimi, di non fabbricare sul confine, e di lasciare fra le nuove costruzioni lo spazio occorrente alla libera circolazione dell'aria e della luce — art. 570 e 571.

« E l'art. 37 del cod. di proc. civ. richiede come elemento indispensabile allo esercizio di qualunque azione l'*interesse;* e la dottrina insegna che l'interesse deve essere *reale, attuale e giusto.*

« Queste ed altre disposizioni, che sono sparse nel corpo del dritto odierno, servono a dimostrare che l'antica dottrina non è morta, e che anche oggi la legge vieta che il dritto di proprietà si eserciti facendo ciò che *al proprietario non giova e nuoccia ad altri.*

« La giurisprudenza pone il suggello alla dottrina, ed eccone alcuni esempii:

privar la casa medesima di aria, di luce e di veduta, e ciò a solo scopo di vendetta e per nocumento dell' altrui proprietà senza un suo legittimo interesse.

In base a quanto sopra, i ripetuti signori Orilia convenivano innanzi questo Collegio con atto del 19 maggio scorso esso Duca di

---

« 1.° Attesochè come in tutti i codici, così in quello italiano, la proprietà è il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta, art. 436 cod. civ.

« Però per quanto illimitato voglia ritenersi il diritto del proprietario, suprema ragione di convenienza sociale impone, che non possa farsene un *uso sfrenato e selvaggio.* Impertanto al certo non si può negare il diritto di poter usare del suo fondo come meglio gli talenta, anche che da tale uso ne derivi un danno al vicino, *in singulis licitum est, in suo quid facere; ut res suae fiant meliores, etiam cum vicini incommodo.* Ma nella specie multiciplità delle contingenze sociali è stato, ed è possibile, che il proprietario, non già *utilitatis sui aedificat, sed animo nocendi cum injuria alterius.*

« Allora si può dubitare se veramente trattasi dello esercizio del diritto di proprietà, ovvero dello esercizio della rappresaglia, o di una *emulazione* secondo dottrina. *Omnem aemulationem esse prohibitam quando scilicet quis cum injuria alterius, et animo nocendi, non utilitatis sui gratia aedificat. Malitiis non est indulgendum.* Allora quello che si assume come esercizio del dritto di proprietà, può essere sottoposto ad un esame per determinarsi se fosse invece una rappresaglia. Ma a questi esami occorrono le pruove della esclusione di ogni utilità all'opera edificata, e il danno del vicino.

« Non si opponga che questa regola puramente etica non può avere applicazione nel fatto della specie, in cui l'art. 590 citato codice stabilisce i rapporti legali del proprietario del fondo serviente, rispetto a quello del fondo dominante, in modo che qualunque cosa faccia il primo nel suo fondo, conservando *la distanza legale,* è esercizio liberissimo del proprio dritto, e non è lecita altra indagine, e peggio delle intenzioni; perocchè il testo medesimo dello art. 590 non esclude i casi possibili della emulazione e della rappresaglia, in quanto che può bene darsi che a distanza legale il proprietario edifichi *non utilitatis sui gratia, sed cum injuria alterius animo nocendi,*

« Se il fatto di cui ci occupiamo non è previsto dal detto articolo, nel manco di altra speciale disposizione, giusta l'art. 3 dello stesso codice, è giuocoforza ricorrere ai principii generali, alla equità naturale, al precetto giuridico incarnato nel precetto morale. Ora è principio di eterna ragione che *quod tibi non prodest, et alii nocet, prohibetur.*

« Attesochè codesto principio trova riscontro nelle leggi romane, che per la loro sapienza non ostante il volgere dei secoli si consultano sempre con profitto. Quelle leggi si occuparono degli atti, che senza giovare a chi li pone in essere, nuocciono agli altri, e li dissero, come avanti si accennò, atti ad **aemulationem**. Ebbene, ecco quanto in esse si prescriveva:

« La legge 28 Dig. *de rei vindic.* prevede il caso delle opere fatte sul fondo altrui, e nel disporre che il possessore evitto debba di quelle avere bonifica, conclude: « Se però il proprietario è disposto a dare al possessore quanto questo potrebbe ricavare portando via la detta cosa, gli sia data facoltà di tenerla, imperciocchè non si deve secondare il mal'animo del possessore; ad esempio, ov'egli volesse levare gli stucchi o cancellare le pitture, ciò facendo solo per nuocere. »

« La legge 1, § 12, Dig. *De aq. et aq. pluv.* contempla l'ipotesi di colui, che scavando nel suo fondo recide le vene della fonte del vicino, e non dà a questi alcuna azione s'egli fece l'opera *non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit.*

La legge 2ª al § 9 dello stesso titolo parla del caso di chi fece opere per allon-

Cardinale, per sentirlo condannare, con sentenza eseguibile provvisionalmente, a demolire il muro in quistione elevato di contro la casina di essi attori, riducendolo e conservandolo nell'altezza che aveva prima della sopra elevazione, nonchè ai danni interessi e spese.

Il convenuto si è fatto ad eccepire la incompetenza del Tribunale,

---

tanare il fiume, se queste danneggiano il vicino, non vi è azione, a meno che ciò sia stato fatto *ut tibi noceat*. Il medesimo obbietto ebbero la legge 24, Dig. *de servitutibus*, e la legge 24 Dig. *de damno infecto*.

« E dal giure romano passando alla vigente legislazione del nostro regno, l'istesso principio si vede esplicato in molteplici disposizioni.

« Infatti all'art. 545 si vieta al proprietario la dispersione dell'acqua in danno di altri fondi, che potrebbero grofittarne. — All'art. 584 si prescrive, che le finestre di luce non siano chiuse dal vicino, anche acquistando la comunione del muro, eccetto il caso che vi appoggi realmente il suo edificio. — All'art. 450 si proibisce lo spiantamento degli alberi, o la demolizione della fabbrica per ricuperare i materiali, quando il proprietario del suolo rivale il costruttore del valore degli alberi o dei materiali.— All'art. 449 si vieta al proprietario dei materiali di levare le costruzioni e piantagioni, ed opere fatte nel suolo altrui, salvo che lo possa senza distruggere l'opera costrutta o far perire la piantagione.

« Bisogna chiudere gli occhi alla luce, per negare, che tutte codeste disposizioni di legge (e non sono le sole) reprimono l'emulazione. Ed allore come armonizzare le dette disposizioni con l'assunto del signor Rocca, il quale pretende esser liberrimo di eseguire nella sua proprietà qualunque sia opera di niun giovamento per lui, e di nocumento al vicino, purchè si mantenga alla distanza di tre metri?

« Sicchè, concludendo, la istruzione ordinata dal tribunale deve mantenersi. Essa metterà in rilievo, se il signor Rocca ha fatto il male per il male, ovvero ha fatto cosa di cui viene a ritrarne un proprio vantaggio. Chiarirà se il tavolato ebbe per iscopo di liberarsi dall'occhio indiscreto del vicino, se sia un bel vedere che rientra negli agi della vita, come all'ultima ora si è asserito. (Corte App. di Palermo; sent. 24 genn. 1890. Causa Rocca e Laloggia — Circolo giuridico anno 1890.)

« 2. Questo Supremo collegio ha considerato che tema del ricorso, è risolvere se sotto le nuove leggi imperanti possa intentarsi l'*azione di emulazione*, applicando le antiche teorie su cui essa azione fondavasi per diritto romano e medio.

« Vuolsi che quelle teoriche siano state bandite, perchè tendono a rendere precetto di diritto, una regola morale e perchè violano il principio sulla proprietà che secondo l'art. 436 cod. civ. consiste nel dritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta, purchè non se ne faccia un uso vietato, *specificatamente* dalle leggi e dai regolamenti

« Però questo modo d'intendere il diritto di proprietà, urta contro la suprema ragione sociale, costituente il dritto dativo (secondo l'espressione del sommo Romagnosi) attribuito ad ogni cittadino dalla legge naturale di sociabilità. E di vero l'azione di emulazione tende a refrenare tutti quegli atti, che quantunque ispirati ad un preteso diritto, non giovano a colui che li opera e sono altrui di nocumento.

« Cotali atti secondo il dritto comune dativo e la giurisprudenza più generale, sono vietati anche al dì d'oggi. E di vero, il legislatore riconoscendo, che in società il diritto sconfinato dei singoli non è ammissibile, nel lasciar libero il proprietario di disporre ed usare della cosa sua intese parlare di *libertà* e non di *licenza*; dell'esercizio del dominio sociale e non selvaggio, di un uso *ragionevole*, e di conseguenza *utile* a chi l'esercita; quell'utile che le leggi comuni contemplano avente un valore contrattabile, e che non consiste in un interesse *capricciosi o maligno*, perchè non vi ha dritto, che possa esser fondato sullo scopo di nuocere altrui senza utilità di sè stesso, il che costituirebbe non un diritto, ma un *antidiritto*.

la inammessibilità e il rigetto della istanza, affermando che la sopra elevazione del muro era necessaria, sia per riparare la proprietà Cardinale dai rilevanti danni, che causano in essa i venti invernali, sia per addossare al muro medesimo la spalliera degli alberi e ripararli eziandio dai venti.

« Che sebbene questa regola non trovasi letteralmente scritta nel cod. civ. essa però è scolpita nella coscienza universale ed è basata sul doppio precetto morale giuridico, *quod tibi non prodest et alteri nocet prohibetur; malitiis non est indulgendum.*

« Il legislatore non ha potuto accordare la sua protezione a chi *osa fare il male per il male*, contro il principio di legge, espressamente sancito all'art. 36 del cod. di rito, per cui ogni azione giuridica ha germe nell'interesse.

« Senza dubbio ciascuno può disporre e godere della cosa propria sino a che la libera disponibilità non giunga ad offendere il diritto degli altri, dappoichè dove incomincia l'altrui offesa ivi si arresta il potere assoluto di disporre ed usare della cosa propria; però usare non è abusare, e dove comincia l'altrui offesa ivi è lo abuso.

« Se non che il rispetto all'altrui diritto non deve mai importare cessazione, o diminuzione del diritto proprio *ben inteso*, e quindi i diritti rispettivi devono coesistere, senza che l'uno sia assorbito dall'altro, affinchè non restino menomati gli effetti di quell'altro antico principio di diritto che il ricorrente invoca a sua difesa: *qui suo jure utitur nemini injuriam facit.*

« ...... L'art. 590 cod. civ. non accorda, per come intende il ricorrente, la facoltà di fare *alla distanza prescritta tutto quello che si voglia*, *danneggiando senza utilità propria la casa del vicino,* ed anzi vieta al proprietario di fabbricare a distanza minore di tre metri dalle vedute dirette a prospetto, il che costituendo una disposizione *proibitiva*, deve intendersi restrittivamente.

« ...... Nè si dica che con la perizia (disposta per verificare se l'opera sia o no inutile a chi la fa e dannosa al vicino) venga ad ammettersi una indagine tutta intenzionale da *sant'uffizio.*

« E quando mai fu vietato al magistrato secondo dei casi, di valutare nell'applicazione del diritto l'intenzione dei contendenti — Sarebbe strano il permettere dei fatti illeciti sol perchè devesi, per poterli condannare, accertare la vera indole dell'atto e la precisa intenzione di colui che l'ha commessa. (Cass. Palermo 25 settembre 1890 — Ciampa Pres. — Tumminelli Est. Circolo giuridico anno 1891 p. 148).

« 3. Sebbene l'art. 533 cod. civ. facendo eccezione alla regola che vieta al condomino fare novità sulla cosa comune senza il consenso dell'altro, autorizzi il proprietario di un muro ad alzarlo, questa disposizione dev' essere coordinata coi principii di *onestà naturale*, che limitano lo esercizio della proprietà. Bene sta che il campo di questo esercizio si stenda quanto quello d'interesse, che il proprietario di un fondo possa avere e senza curare il danno che ne derivi al vicino, perchè *qui jure suo utitur, nemini iniuriam facit.* Ma se nel fare questo egli non avesse altro fine che di nuocere, senza alcun suo pro, *si hoc animo fecit ut tibi noceat*, allora interviene la legge a moderare l'eccesso e l'abuso, a rendere impotenza la malizia e l'emulazione, concedendo al danneggiato l'azione del dolo, *doli actionem*, per impedire o far demolire l'opera (L. 2 § 12; L. 2 § 9 ff. De et aq. pl. arc. XXXIX, 3). Questo principio fu adottato dai giureconsulti Romani, sebbene non fosse scritto in alcuna legge — *et si iure deficiamur* (L. 2 § 5 De aq. et aq. pl. arc. 39, 3) — procede a maggior ragione, *summam rationem habet*, tra i condomini, *cum societas ius quoddam fraternitatis in se habeat;* e deve aversi per sottinteso nel nostro cod. civ. in ordine all'art. 3 delle sue disposizioni preliminari siccome quello, che oltre all'avere il suggello della moralità, deriva dal purissimo fonte del gius comune. (Cass. Fi-

Gli attori alla loro volta hanno insistito su quanto forma obbietto della domanda.

Attesochè in modo molto vago ed indeterminato si è eccepita dal convenuto la incompetenza *ratione valoris:* una tale eccezione non trova alcun sostrato, se si guardi, che oltre all'abbattimento del

renze; 31 dic. 1877 — Pres. Vigliani, Est. Bandi — Sguanci e Contini — Foro ital. anno 1878 p. 482).

Ne piace qui riportare gl'insegnamenti del *Bonfante* Istituz. di dr. romano Man. Barbera § 98):

« Quando il proprietario non violi nessuno dei limiti legali nè i diritti volontariamente costituiti sulla cosa stessa, egli non fa che esercitare il suo diritto ed è, quindi pienamente libero nel rapporto colla cosa.

« Nondimeno, secondo una dottrina medioevale, che tiene il campo ancora oggidi benchè assai più misurata nell'applicazione, al proprietario sarebbero vietati quegli atti che egli compie per la maligna intenzione di nuocere altrui, *animo nocendi*, con poca o niuna utilità propria. Alcuno, ad esempio, edifica nel proprio fondo un muro, non perchè gli serva a nulla quel muro, ma esclusivamente per far dispetto al vicino con togliergli la luce o un ameno prospetto. Questi atti si dicono con nome tradizionale *atti di emulazione.*

« Soltanto la forza del sentimento prevalente sulla ragione e la invincibile antipatia per simili atti può spiegare il fascino ancora esercitato da una simile teoria « segnata in ogni sua parte dello stampo di quel medio evo, nel quale andavauo sempre confuse le idee di diritto, morale e religione », giacchè è assai difficile trovare una opinione, che violi più apertamente la logica applicata ai principii giuridici. L'intenzione con cui un atto si compie non lo rende giuridicamente illecito, se l'atto è per sè lecito. Il danneggiato per agire in giudizio convien che provi d'aver subìto un danno giuridico, cioè una lesione d'un suo diritto, convien che si richiami alla legge, non al sentimento. Ripugaa certo che atti insocievoli si compiano; ma il diritto non regola tutto l'operare umano, nè si richiede dall'uomo che osservi soltanto il diritto. « Molte altre regole di genere diverso governano il mondo; morale, religione, onore, buon costume, galateo; altre leggi l'uomo deve osservare, oltre quelle poste dallo Stato, perchè meriti il titolo d'uomo onesto.

« Questi principii sono espressi in aforismi celebri dai giureconsulti romani: *Non omne quod licet* (giuridicamente) *honestum est; nemo damnum facit nisi qui id facit quod facere ius non habet; nullus videtur dolo facere qui iure suo utitur; qui suo iure utitur neminem lædit.*

« La logica deduzione dai principii generali mena adunque alla più assoluta negativa del divieto. Certo se la legge ponesse espressamente una simile proibizione di atti compiuti nell'esercizio del proprio diritto di proprietà *animo nocendi*, la proibizione sarebbe allora giuridica e il danneggiato avrebbe azione. Ma le leggi invocate in proposito dai fautori non provano affatto l'esistenza di una così grave e pericolosa limitazione del dominio. Le sole che abbiano un'apparenza alquanto speciosa sono leggi relative alla materia delle acque, nelle quali pare che effettivamente si vieti di alterare il decorso delle acque *animo nocendi;* ma tutto l'ordinamento delle limitazioni in materie di acque costituisce appunto un regime eccezionale, savio e benefico del resto, espressamente stabilito dall'imperatore Giustiniano. Nè si deve ritenere, nonostante le ripetute interpolazioni dell'*animus nocendi*, che per lo meno in questa parte il diritto giustinianeo rechi limitazione all'uno dei proprietari e accordi all'altro diritti per la mera considerazione dell'animo con cui esercita il diritto del primo sull'acqua. Conforme allo spirito di molte innovazioni giustinianee, anche

muro sopra elevato si è chiesta la rifusione dei danni-interessi a liquidarsi: e quindi superando il valore della causa le lire 1500, o per lo meno essendo indeterminato tale valore, la competenza è del Tribunale. Nè può trovare applicazione l'art. 82 procedura civile perchè non versasi in alcuno dei casi ivi contemplati.

Attesochè assumono gl'istanti, che si tratti nella specie di costruzione fatta ad *aemulationem*, e che la relativa azione sia ammissibile: ed il Tribunale trova a seguire siffatta tesi per le ragioni, che or ora verrà svolgendo. Per fermo, se è vero che le legislazioni moderne proclamano l'assolutismo della proprietà affermando, come il nostro codice civile nell'art. 436, che essa è il diritto di godere e disporre delle cose, nella maniera più assoluta, non è men vero che siffatto diritto non debba ritenersi sconfinato a segno da non aver limite; altrimenti si ridurrebbe in mero arbitrio: *jus utendi et abutendi rei suae quatenus juris ratio patitur.*

Ed una limitazione il legislatore apporta al dritto di proprietà, allorchè si fa a prescrivere, che di esso diritto non debba farsi uso vietato dalle leggi e dai regolamenti. Ond'è che se non può negarsi al proprietario di un fondo di usarne a suo beneplacito *etiam cum vicini incommodo*, circondandolo di mura o facendovi altre opere, obbedendo agli obblighi, di che nelle analoghe disposizioni di legge, ciò va inteso nel senso, che le opere medesime abbiano di mira evidente un interesse, una utilità qualsiasi, e sia pure un fine solamente voluttuario. Ma se per avventura si abbia la intenzione non di giovare a se stesso, ma unicamente di nuocere al vicino, a costui soccorrere deve provvida la legge, basata sugl'inconcussi principii del giure naturale, dandogli la via a pretendere, che venga rimosso l'ostacolo per puro capriccio creatogli dall'avversario suo vicino. D'onde l'azione di emulazione, il cui obbiettivo si è appunto di porre un freno a quegli atti, che sotto la parvenza di un diritto, mirano a nuocere altrui, senza che apportino alcun'utile a chi li mena a compimento. Nè dicasi, che siffatta azione non possa esperirsi sotto lo imperio del Codice attuale. Il Tribunale non disconviene che tutt'ora viva è la disputa sull'obbietto, *et lis pendet adhuc sub iudice,* perchè alla varia risoluzione della stessa si sono divisi il campo valorosi scrittori nel giure civile; ma il Collegio, seguendo il diritto antico

nel regime delle acque il diritto di ciascun proprietario sull'acqua si è voluto restringere esattamente nei limiti dell'utile: egli può usare dell'acqua, non abusare, perché l'acqua sovrabbondante non gli è più utile e quindi non gli appartiene più, bensì appartiene al proprietario del fondo inferiore, cui può esser utile.

« Una limitazione adunque basata sul criterio subbiettivo della maligna intenzione non esiste nel diritto romano nemmeno come regola singolarmente stabilita in materia di acque. Il tema del divieto degli atti di emulazione appartiene alla filosofia del diritto. »

e lo intermedio, pei quali non si negava lo esercizio dell' azione in parola, e ne fan fede parecchie leggi romane e l'autorità degli scrittori del ripetuto giure intermedio, trova a parteggiare per coloro che stanno per l' ingresso di siffatta azione, tenuto pur conto, che non mancano decisioni, che proclamano lo esercizio della ripetuta azione, basandosi sulle disposizioni degli articoli 449, 450 e 545, ed altre del Codice civile con le quali viene appunto represso la emulazione.

Attesochè, discendendo al caso concreto, e posti a base i fatti libellati e già ripetuti nella esposizione del fatto della presente sentenza, i quali perciò torna ozioso ripetere, non v' ha dubbio, che in diritto trovi ingresso l' azione degli attori, tendente ad ottenere la riduzione *ad pristinum* di quella parte del muro, che dicono capricciosamente sopraelevato dal Duca Serra.

Nè a respingerla vale il far ricorso all'art. 570 Codice civile, nè si obbietti che essendosi serbata la distanza nel sopraelevare il muro, ed intercedendovi per dippiù fra le due proprietà la via pubblica di metri sei (mentre gli attori sostengono sia appena di metri tre e pochi centimetri) trovandosi il Duca nel pieno diritto, *et nullus videtur dolo facere qui iure suo utitur*. Va risposto che il diritto, di che in esso articolo, debba andar contemperato nel modo come innanti si è detto, ed armonizzare con i principii della naturale equità, e col precetto di eterna ragiòne, *quod tibi non prodest et alii nocet prohibetur*. E d'altro canto, come ben si osserva dalla difesa degli Orilia, la regola della distanza legale o della esistenza di una strada, che equivale appunto alla distanza legale, non riguarda che il diritto di costruire, il quale deve subire un freno se si eserciti, nel modo come assumesi esercitato dal convenuto.

Attesochè la stessa difesa avversaria riconosce nei signori Orilia il dritto alla proposta azione: infatti mentre gli istanti affermarono che il convenuto abbia elevato il muro non a scopo di un interesse, e di un utile alla sua proprietà sibbene a solo fine di danneggiare la casa dei primi, per privarla a bello studio di aria, di luce e di veduta, il convenuto assume, che la sopra elevazione del muro, oltre al non aver mica privato d' aria, di luce e di veduta la casa in parola, non abbia avuto il movente lamentato; anzi recisamente e tenacemente afferma che essa è stata consigliata dallo interesse a difendere la casa ducale dall' impeto dei venti invernali, e a proteggere gli alberi e spalliera che in grandissima copia ivi sono stati piantati. È dunque una *quaestio facti*, e la causa presente deve andare decisa appunto alla stregua dei fatti, che dovranno essere provati la mercè di opportuni mezzi dalla legge consentiti.

Attesochè, ciò premesso, e pria di ogni altra statuizione, puossi far buon viso alla richiesta circa l'accesso del Magistrato sopra luogo. Invero dalla ispezione della località si desumeranno i criterii

più esatti e sicuri per la retta definizione della lite, e per poter chiarire se davvero la sopra elevazione del muro sia stata opera di mero capriccio, all'unico scopo di togliere l'aria, la luce e la veduta alla casa degli Orilia.

Attesochè ogni altro provvedimento, anche sulle spese, va riservato, e la clausola non può concedersi, non versandosi in alcuna delle ipotesi previste dall'art. 363 Proc. civile.

Per tali motivi ecc.

PARTE TERZA-BIBLIOGRAFIE

Gennaro Rocco — *Pensieri sulla Storia Civile dell' Italia Nuova* — Ed. Pierro 1897.

Opera sommamente elaborata che ben si appella continuazione di quella del Colletta. Il Presidente Rocco, già noto nella repubblica letteraria per speciali studi sulle opere del Vico, ha voluto, da par suo, scrivere con filosofico acume, dei fati che precorsero la nuova Italia e degli immegliamenti che, allo stato di fatto, creatoci dalle rivolture del 1860, sono, a suo credere, possibili.

L'orditura del lavoro, la forma elegante e corretta, i coloriti artistici rendono l'opera degna della considerazione de' dotti ancorchè sia facile dissentire dalle opinioni esposte e dai criterii seguiti. Certamente in questo genere il Rocco ha il primato in quanto sinora simigliante storia da altri 'non fu scritta.

L' insigne autore nei cinque capi che seguono all' intro uzione, ove dispiega lo scopo dell' elocubrato volume, con sintesi politica, narra la storia della dominazione borbonica riuscendo alla conclusione che i nuovi tempi furono un logico e naturale prodotto di quel regime.

In generale le rivoluzioni sono bufere che riescono ad esclusivo beneficio dei peggiori i quali, sotto l'usbergo di principi generosi ed umanitari, sogliono rivolgere i tumulti a proprio vantaggio. Ma al Rocco sorridono ancora le illusioni giovanili siccome è costume dei pensatori e dei poeti vivere una vita che non risponde alla verità delle cose.

È nuovo però il concetto espresso dal Rocco che da Carlo 3° fosse stato dato l'impulso dell' ideale della unità italiana. Egli si schiera non solo tra i fautori di questa ma a spada tratta difende il sistema della monarchia parlamentare ed enarra con enfasi la grandezza della patria.

Questa professione di fede politica non impedisce all' autore di discorrere, con larghezza d' idealità, di quanto sia necessario per dar più saldo assetto al sistema politico da lui difeso e ci parla di legislazione codificata di formole pratiche per una limitata accettazione del programma dei socialisti, cioè, con un aggravio d' imposizioni e vien poi a parlarci della guerra d' Africa, della conciliazione tra lo Stato e la Chiesa, dell' istruzione pubblica ed anche dei giornali e delle conferenze. E specialmente sulla giornalistica il Rocco formula molte considerazioni.

Niuno negherà all' illustre e venerato magistrato il merito di aver saputo onorare l'epoca attuale sollevandosi a considerare le cose politiche moderne secondo certe vedute filosofiche che provano la vigoria della mente non infiacchita dagli anni. Ma nessun filosofo, nessun pensatore, nessuno storico potrà distruggere la logica dei sofferenti che si allarga al lume d' indeclinabile parallello, sopra certe illazioni non scevre di buon senso.

E. Barone

PARTE PRIMA-DOTTRINA

La pruova della domanda in separazione.

Spesso sorge quistione se il rivendicante de' mobili pegnorati, aventi un valore superiore alle lire 500, possa provare con testimoni il suo diritto di proprietà sui medesimi.

A sostegno della negativa si dice essere la prova per iscritto richiesta anco nell'interesse dei terzi, e si ripete che in fatto di mobili il possesso vale per titolo.

Ciò non ci sembra esatto.

Nei contratti, nei quali la forma non è richiesta *ad solemnitatem*, la scrittura non ha altro scopo che di somministrare ai contraenti, ai loro eredi e aventi causa, la prova del vincolo giuridico stipulato, che appunto tra essi ha effetto (art. 1127-1130 cod. civ.); non è quindi loro interdetto di riporre fiducia l'uno nell'altro, e di commettere tal prova alla mutua fede. Infatti, se l'uno fosse costretto a chiamar l'altro in giudizio, e questi riconoscesse quel rapporto, sarebbe indifferente e punto pregiudizievole la mancanza della scrittura, richiesta *probationis causa,* dacchè si ha la migliore delle prove — la confessione — detta appunto *probatio probatissima.* Così, se io affido i miei mobili ad altri, che non disconosce il mio diritto su essi, niun bisogno io ho della prova per iscritto.

Ciò posto, se il terzo, guardando allo stato materiale delle cose, a quel che apparisce, fa pignorare i mobili altrui, certo è scusabile a segno da non esser tenuto alle spese del giudizio di rivendicazione, e, come potrebbe impugnare una scrittura (massime se non avesse data certa), così può senza limitazione alcuna fare altrettanto rispetto alla confessione del debitore pignorato, favorevole al rivendicante — stabilendo questa una *verità convenzionale,* che non può nuocere ad esso terzo.

Ma, estraneo come è al rapporto giuridico tra altri formatosi, ei non può impedire che il rivendicante provi con testimoni la domanda in separazione, ancorchè la si riferisca a oggetti di valore eccedente le lire 500; perchè non si tratterebbe qui di dimostrare una convenzione tra loro conchiusa. Invero, il rivendicante non dice: restituitemi la cosa che voi possedete in forza del contratto tra noi stabilito; ma chiede che non sia venduta la cosa, su cui egli ha un diritto di proprietà e che trovasi presso altri per un titolo inabile all'acquisto del dominio; ossia esercita un' azione reale, non personale, e vuol dimostrare che non trattasi di vero possesso ma di nuda detenzione, o pure di possesso ottenuto in mala fede.

La presunzione stabilita a favore del possessore riguardo ai

mobili, presuppone un possesso legittimo, non scevro di buona fede, quindi non può giovare, quando manchino tali requisiti.

Or al terzo esecutante, mutuandosi le ragioni del debitore pignorato, basterà dire: *possideo, quia possideo,* fino a che il rivendicante non dimostrerà il vizio o l'illegittimità del possesso; ma non gli è lecito d'obbligare il rivendicante stesso a provare per iscritto il proprio assunto, poiché questi non agisce in virtù del contratto contro l'altro contraente ma intende di tutelare un proprio diritto reale, da esso terzo disconosciuto. Di vero, come insegna l'illustre Gianturco con l'usata chiarezza, la convenzione non è tale, che rispetto alle parti, cioè ai contraenti e ai loro eredi e aventi causa, non già rispetto agli estranei, pei quali può considerarsi come un fatto giuridico *qualunque*: quindi come essa non ha forza obbligatoria che tra le parti, così solo nel loro rapporto ha efficacia il divieto della prova orale al di là di 500 lire: rispetto agli estranei, essendo *res inter alios acta*, se ne potrà fare la prova da essi o *contro essi* con qualsiasi mezzo e senza limite di valore. (*Sistema di diritto civile*, vol. I).

Quando la legge ha inteso il bisogno di prescrivere alcune forme nell'interesse ed a garentia dei terzi, lo ha detto; onde non è lecito all'interpetre aggiungere altre norme restrittive dei diritti altrui. Il giudice è libero di vagliare le prove offerte, *secundum ea quae praeponerentur,* affinchè le collusioni, le frodi non trionfino, ma non ha il potere di escludere quei mezzi di prova che la legge ammette, per tema di abusi.

Del resto neppure lo scritto evita le frodi, anzi meglio riesce a tramarle; e i terzi possono essere frodati, qualunque sia il valore dei mobili pignorati; onde è vano arrecare in mezzo gl'inconvenienti che potrebbero derivare dal concedere la prova testimoniale oltre le lire 500.

Gl'inconvenienti, come i mali, non sono tutti, nè sempre, evitabili, quindi le quistioni vogliονsi risolvere col lume della ragione in base alla legge, non con criterii ispirati da timori, che turbano il giudizio e riescono bene spesso non alla tutela, ma al sacrificio del vero e del giusto. Nè si deve dimenticare che talvolta per salvare una supposta verità o moralità, si dà corso alla menzogna e alla immoralità, e si può giungere a spogliare il rivendicante per tema di offendere le ragioni d'un malaccorto creditore.

Per altro, i veri frodatori non aspettano il pignoramento per sottrarre i loro beni alle legittime speranze dei loro creditori, ma con scritture bollate e registrate s'apparecchiano a far sì che costoro si partano, *ruota strignendo la terribile unghia.*

Nemmeno l'art. 707 del cod. civ. si può invocare con profitto, perocchè vi si stabilisce una presunzione assoluta di proprietà, impugnabile cioè nei soli casi di smarrimento o di furto a favore del *possessore di buona fede*, che non è certamente *l'esecutante.*

Questi soltanto potrebbe far valere siffatta presunzione in

nome e luogo del debitore pignorato, e non *jure proprio*. Ma se il debitore, anzichè avvalersene, la respinge, o meglio la mostra non rispondente alla realtà con la sua confessione, il creditore può impugnare in proprio nome, senza limite alcuno, la dichiarazione fatta in frode delle sue ragioni (art. 1235 c. c.), non già esercitare le azioni del debitore a ritroso della espressa di lui volontà, togliendo con una *gratuita* negazione valore alla sua confessione (art. 1234).

Oltre a ciò, come saggiamente scrive il Lomonaco (*ist. di dr. civ.*), per ben comprendere la portata dell'art. 707, bisogna fare una distinzione capitale tra due casi ben diversi tra loro: il primo caso si avvera allorchè quegli che reclama la cosa agisce in forza di un' azione personale, il secondo caso si avvera, allorchè quegli che reclama la cosa intenta un' azione reale. Io vi ho dato in deposito dei beni mobili per natura o dei titoli al portatore; voi vi negate a restituirmeli. Niun dubbio che io posso reclamarli, non potendovi prestare soccorso l'art. 707. Dicasi lo stesso quando la cosa é venuta in mano del possessore in forza di un quasi — contratto, di un delitto o di un quasi — delitto. — L'articolo 707 può trovare applicazione sol quando la cosa sia passata nelle mani di un terzo di buona fede: allora l'azione da sperimentarsi sarebbe *azione reale*, e non più *personale*. Decise in proposito la Corte di appello di Lucca, che il possesso delle cose mobili costituisce titolo di proprietà pei soli terzi di buona fede; gli aventi causa non possono valersene di fronte ai loro autori. E più recisamente disse la Corte di Cassazione di Torino: colui che ha contrattato l'acquisto di beni mobili direttamente col loro proprietario è un contraente, non un terzo, e non può quindi, per sottrarsi alla restituzione, opporre al proprietario o al di lui rappresentante legittimo, la massima scritta nell'art. 707 del cod. civ., che in materia di mobili il possesso vale titolo ».

È chiaro dunque che il creditore non può giovarsi di tale presunzione contro il rivendicante che nel caso in cui se ne potrebbe avvalere il proprio debitore; e che la tesi da noi sostenuta è soffulta dalla ragione tanto da meritare il plauso, se non erriamo, della citata Corte Torinese (1), e meglio risponde alle esigenze della pratica, a meno che non ci si voglia obbligare, senza necessità, a non fare verun atto della vita civile senza consacrarlo con lo scritto munito di tutte le gioconde formalità del bollo e registro.

Avv. Luigi de Sanctis

(1) **Regazzi c. Cassa di Risparmio di Parma — 10 marzo 1891 — Monitore dei Pretori.**

PARTE SECONDA - GIURISPRUDENZA

Cassazione di Napoli — *9 novembre 1897.*

Ciampa *PP.* — Pasqualoni *Est.*

Piscopo (avv. Di Lorenzo)-c.° Piscopo (avv. Rossetti e G. Leone)

Cassazione — Interpretazione di contratto — Incensurabile (art. 517 proc. civ.)

Successione—Figlio donatario—Concorso con i germani – Frutti—Conferimento dei medesimi (art. 1001, 1013 cod. civ.)

a) *La interpretazione di un contratto fatto dalla corte di merito non è soggetta alla censura della cassazione* (1).

b) *I frutti dei fondi donati, che il figlio deve conferire ai germani nella successione del padre donante, dal giorno dell' apertura della successione, debbono attribuirsi alla massa ereditaria, non al donatario.*

La Corte ha ritenuto in fatto che con sentenza del 13 ottobre 1889 fu ordinata la divisione dell' eredità di Gabriele Piscopo a norma del suo testamento e di quella di sua moglie Angelica Ferone intestata. Nelle operazioni di formazione della massa davanti il Notaio destinato si elevarono varie quistioni fra gli eredi di Gennaro e di Andrea Piscopo, i quali avevano ricevuto donazione dal padre Gabriele, e Giuditta Piscopo erede della quota disponibile.

Rinviate le parti davanti al Tribunale le dette quistioni furonò decise con sentenza del 13 settembre 1893 modificata dalla Corte di Appello con pronunzia del 12 marzo 1894 divenuto giudicato irretrattabile.

Le parti ritornarono davanti il Notaio, e si nominó il perito Errico Buffini per le operazioni di massa. Ma nuove quistioni furono promosse sulle quali provvide il Tribunale con sentenza dell' 11 marzo 1895, che la Corte di Appello confermò con pronunzia del 30 ottobre 1896.

Contro quest' ultima sentenza Giuditta Piscopo propone ricorso per Cassazione.

La principale quistione sollevata col ricorso è:

Se i frutti dei fondi donati, che il figlio deve conferire ai germani nella successione del padre donante, debbono dal giorno dell'apertura della successione attribuirsi al donatario ovvero alla massa ereditaria.

---

(1) Conf. Cass. Torino 15 giugno 1896 (*Giurisp. ital*, 1896, I, 1, 938).

Ha considerato in dritto.

Che col capo 1.° del giudicato 12 marzo 1894 fu dalla Corte disposto che la donazione fatta da Gabriele Piscopo al figlio Andrea dovesse imputarsi sulla legittima esclusi i beni a lui donati dallo zio Luigi Piscopo.

Tale statuizione dava luogo ad una indagine di mero fatto, che la Corte di merito ha compiuto con criterio incensurabile.

E veramente dall'istrumento del 18 maggio 1866, quel Collegio rilevò che nella divisione tra i fratelli Luigi, Gabriele e Michelangelo Piscopo erano stati attribuiti al primo taluni fondi, i quali poi da Luigi vennero donati al nipote Andrea con istrumento del 6 ottobre 1859, ed in esecuzione del giudicato escluse quei fondi dalla donazione fatta ad Andrea dal padre Gabriele.

Invano la ricorrente deduce il difetto di discussione e di motivazione nella sua difesa di non aver Luigi donato, ma semplicemente rinunziato al suo diritto sui fondi suddetti, i quali sarebbero stati compresi nel patrimonio di Gabriele. Invece la Corte vi rispondea osservando che dallo esame del contratto di donazione trovava assodato che la stessa venne fatta da Luigi pei fondi di sua proprietà. Questa interpetrazione del contratto non è soggetta alla censura del Collegio Supremo.

Che la ricorrente non nega che pel giudicato precedente la massa dell'eredità di Gabriele Piscopo debba essere distinta da quella dell'eredità di Angelica Ferone, però vorrebbe che la distinzione sparisse nella determinazione delle spettanze, e dei debiti dei coeredi rispettivamente.

In siffatto ragionamento si contiene una evidente contraddizione. Imperocchè se le due masse vanno distinte, non voglionsi confondere nei risultamenti delle operazioni relative; ma definite distintamente le rispettive spettanze dei coeredi, ove si verifichino ragioni di confusione o di compensazione, saranno regolate come per legge.

Che con la sentenza denunziata fu confermato anche il capo della pronunzia del Tribunale, che dichiarò doversi detrarre dalla quota disponibile di Gabriele Piscopo i frutti dei beni donati a Gennaro Piscopo. In questa disposizione si rinviene la lamentata violazione della legge. Di vero l'art. 1001 cod. civ. prescrive che il figlio intervenendo alla successione insieme coi suoi fratelli e sorelle debba conferire ai coeredi tutto ciò, che ha ricevuto dal defunto per donazione, ove il donante non abbia altrimenti disposto.

E l'art. 1013 dispone che i frutti e gl'interessi delle cose soggette a collazione sono dovuti dal giorno dell'apertura della successione.

Dal testo e dallo spirito della legge risulta evidente che il conferimento dei frutti e degl'interessi dopo la morte del donante ha luogo di pieno dritto all'apertura della successione del donante, il

titolo di donazione si risolve nel rapporto dei coeredi, e perciò le cose soggette a collazione da quel giorno si considerano far parte dell' eredità.

In conseguenza è applicabile la massima *fructus augent haereditatem*, che i resistenti fuori proposito invocano in sostegno delle loro ragioni.

Non si è dubitato nella scuola e nella giurisprudenza che l' articolo 1013 sia applicabile ai mobili, ed agl'immobili, tanto nella collazione in natura, che in quella per imputazione nella quale l'erede donatario che ha percepito i frutti dalla morte del donante sino alla divisione deve risponderne verso i suoi coeredi.

Che però è censurabile la sentenza impugnata per aver ritenuto appartenersi al donatario i frutti degli immobili donati dall' epoca dell' apertura della successione del donante, ed in conseguenza di tale principio doversi agli eredi di Gennaro Piscopo attribuire sulla quota disponibile.

Che rinviandosi lo esame della causa pel solo motivo accolto, è opportuno rinviare anche i provvedimenti sulle spese.

Per questi motivi la Corte ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI NAPOLI — *11 novembre 1897*

Confraternita di Pizzo (avv. Cerullo) c.° Arciconfr. di Pizzo (avv. B. Spirito)

Cosa giudicata—Estremi—Motivi per cui si accoglie o respinge una domanda (art. 1351 cod. civ.)

Azione possessoria—Manutenzione — Anno — Opere nuove (art. 694 cod. civ.)

a) *La sentenza, che respinge la eccezione d'inammissibilità di una domanda per alcuni motivi, non costituisce giudicato di fronte ad altra sentenza posteriore che esamina la stessa eccezione d' inammissibilità riproposta per altri motivi.*

b) *L'anno, entro cui bisogna promuovere l' azione di manutenzione in possesso, comincia dal momento che si verifica la molestia.*

c) *Quando ad opere anteriori all' anno, per le quali non fu promossa azione, se ne aggiungono altre nuove, le quali modificano l' antico stato di cose aggravandolo, si può concedere l'azione possessoria per le modificazioni sopravvenute, purchè proposta entro l' anno dalle fatte modificazioni.*

Ritenuto che la Confraternita dell' Immacolata e l' Arciconfraternita delle Grazie hanno nel Cimitero Comunale di Pizzo due Cappelle le cui terre sante sono limitrofe. Nel 1893 la Confraternita dell'Immacolata istituì azione di turbativa di possesso contro l'Arciconfraternita delle Grazie assumendo di aver questa addossati al muro

di proprietà di essa attrice alcune ordini di colombaie per sepolcri. In seguito specificò che a base dell'azione non si ponevano i primi due ordini di colombaie già costruiti da alcuni anni, ma quelli recentemente, entro l'anno elevati.

Il Pretore, respinte le eccezioni d'inammissibilità desunte dalla rappresentanza della Congrega in giudizio, e della pretesa confusione tra possessorio e petitorio, dopo l'espletamento dei mezzi istruttorii disposti per assodare gli estremi della proposta azione, questa accolse con definitiva sentenza, rinviando in sede petitoria i provvedimenti relativi alla chiesta riduzione ad pristinum.

Sull'appello principale della Confraternita pel detto rinvio e per la parziale compensazione delle spese, e su quello incidente dell'Arciconfraternita per non essersi dichiarata inammessibile la domanda proposta oltre l'anno dal primo atto di molestia, il Tribunale civile di Monteleone, con sentenza del 14 marzo 1895, dichiarò non esser luogo a provvedere sull'appello principale ed accolse quello incidente, dichiarando inammissibile per decadenza l'azione promossa dalla Congrega della Immacolata con la condanna della stessa nelle spese del giudizio. Avverso cotesta pronunziazione la soccumbente Confraternita ricorre a questo Collegio per i tre seguenti motivi:

Attesochè col primo mezzo dolgasi la ricorrente di essere stata ammessa dal Tribunale l'eccezione d'inammissibilità, mentre ostava la cosa giudicata, che essa ripone nella sentenza con la quale il Pretore ebbe a rigettare le altre eccezioni d'inammissibilità innanzi accennate, ed aggiunge pure essere contradditorio il discutere d'inammissibilità dell'azione, quando su questo erano stati anche impartiti mezzi istruttori.

Manifestamente infondata però è cotesta doglianza. Il giudicato del 17 ottobre 1893 respinse le eccezioni d'inammissibilità fondate sopra motivi essenzialmente diversi da quello pel quale si è poi dopo gli atti istruttorii della lite, riprodotta altra eccezione d'inammissibilità di merito.

Né è possibile legalmente che quella pronunziazione contenga cosa giudicata sulla sussistenza delle condizioni indispensabili per esercitare l'azione di turbativa, dal momento che la disposta prova testimoniale e la perizia ebbero appunto per iscopo di assodare se dette condizioni risultassero nella fatta specie comprovate.

Com'è stato accennato, l'eccezione d'inammissibilità ultimamente proposta ha rapporto con le condizioni sostanziali dell'azione di turbativa e quindi si risolve in un rigetto dell'azione in merito, ossia nell'inammissibilità della azione per difetto di alcune di quelle circostanze senza delle quali mancherebbero i caratteri giuridici intrinseci dell'azione che si è istituita.

La qual cosa nella presente causa riesce anche più evidente quando riflettesi, che trattandosi del tempo entro il quale l'azione

devesi intentare, il difetto di codesto estremo, lungi dal produrre la inammissibilità nel senso sostenuto dalla ricorrente, va considerato invece dalla dottrina come decadenza del molestato dall'esercizio dell'azione che gli competeva.

Attesochè altrimenti vuolsi dire del secondo mezzo col quale la ricorrente si duole di essere stato calcolato l'anno, entro il quale l'azione di turbativa si aveva a promuovere, dall'antica costruzione dei due primi ordini di colombaie, e non da quella degli altri due recentemente eseguite.

Il principio regolatore per risolvere la disputa sorge dal testo dell'art. 694 c, c., ed è che l'anno entro cui si può chiedere la manutenzione del possesso debba avere cominciamento dalla inferta molestia, nel senso giuridico di cotesta voce. Or cosiffatta molestia si avvera sempre che vi siano atti i quali rivelano nei loro autori la totale o parziale negazione del possesso, o del diritto a possedere del molestato, quand'anche non siasi verificato un danno attuale.

In alcuni casi però la molestia è costituita dall'atto che produce il danno.

In così fatti rincontri, quando ad opere anteriori all' anno, per le quali non fu promossa azione possessoria, se ne aggiungono altre nuove le quali modificano l'antico stato di cose aggravandolo, è ben ragionevole e giusto il concedere l'azione possessoria per le modificazioni sopravvenute, qualora, s'intende bene, in esse s' incontrino i caratteri tutti, soggettivi ed oggettivi, della molestia innanzi considerata.

Nella fatti specie si ritenne con l'impugnata sentenza che l'azione di manutenzione in possesso fu promossa solamente da quando la molestia divenne più grave con la continuazione delle costruzioni addossate, e quindi si pronunciò la decadenza, Ma così ragionando i giudici di merito trascurarono affatto un elemento essenziale per ben valutare la molestia dal punto di vista per la durata dell'atto che la costituisce. Ad essi cioè sfuggì che il nuovo stato di cose, ritenuto con la sentenza, importava esso stesso una molestia, poscia che venne ad alterare lo stato precedente a danno del possessore, con la intenzione di sostituire al costui dritto il possesso proprio, quanto ai nuovi due ordini di colombaie.

Per la qual cosa, se le opere più recenti costituivano per loro stesse una molestia ai sensi di legge, e ad esse l'azione era limitata, il principio che l'anno si calcola dalla molestia fu inesattamente applicato, e va per tanto cassata senz'altro la decisione impugnata.

Omissis.

Per tali motivi ecc.

Corte di Cassazione di Napoli — *13 novembre 1897.*

Ciampa *PP.* — Salvati *Est.*

Rispoli (avv. P. Marsico)-c.° Orfanotrofio delle donzelle povere

Esecuzione immobiliare—Terzo possessore—Precetto al debitore (art. 706, 707 proc. civ.)

Quando i beni dati in ipoteca siano passati in mani terze, il creditore, avente ipoteca sui medesimi, deve prima intimare il precetto al suo debitore originario, e poi procedere presso il terzo possessore col precetto di pagare o rilasciare gl' immobili (1).

La Corte osserva in fatto ed in dritto.

Che sia pacifico tra le parti la causa del fatto, semplicissima è ritenuta benanche dal giudice di merito nella denunziata sentenza, e basta la nuova esposizione di esso fatto per mettere subito in rilievo il divagar del giudice del merito dal retto sentiero del giure.

È notevole che con istrumento 2 giugno 1854 Michele Sanguedolce nel dichiararsi debitore dell'Orfanotrofio delle donzelle povere di Troia nella somma di lire 2975, dava in ipoteca diversi suoi fondi urbani. Una parte di questi fondi egli vendeva a Guglielmo di Santis, dal quale furono venduti alla signora Angela Conte, che alla sua volta li vendeva ad Achille del Giudice. Ciascuno di questi compratori dal prezzo riteneva le lire 2975 da pagarsi all'Orfanatrofio.

Altra parte dei cespiti ipotecati furono dal Sanguedolce venduti a Donato Rispoli.

Nel 1871 l' Orfanotrofio intimò precetto agli eredi Sanguedolce, indi precettò con paga o rilascio ambo i terzi Rispoli e del Giudice.

La esecuzione non ebbe prosieguo per essersi stipulalo un istrumento nel 28 maggio 1873 tra del Giudice e l'Orfanotrofio col quale pagò del Giudice gli interessi, ritenne presso di se a titolo di mutuo la originaria somma di lire 2975, e l' Orfanatrofio lo surrogò nelle sue ragioni contro gli eredi del Sanguedolce e del Rispoli.

Impertanto nel 18 gennaio 1892 dopo 38 anni dalla costituzione del mutuo del 1854 e dopo 19 anni da quello stipulato con del Giudice il pio Luogo in base appunto di questo stipulato del 1873 precettò del Giudice per lire 4174,18 sorte ed interessi, e nel 13 maggio del 1892 intimò precetto di paga o rilascio agli eredi del Rispoli che si opposero al precetto perchè l'Orfanotrofio procedeva in base dell'istrumento del 1873, non del mutuo del 1854.

Il Tribunale rigettò la opposizione.

La Corte con la impugnata sentenza rigettò l'appello.

---

(1) Gargiulo, *Proc. Civ.*, art. 706 § X e XI.

Attesochè è indubitato per testuale disposizione di legge che per procedere ad esecuzione immobiliare occorreva intimare il precetto al debitore, ed ove i beni del debitore sieno passati nelle mani terze, possa il creditore avente ipoteche altresì subastarli intimando a questo terzo il precetto di pagare o rilasciare l'immobile. Or nella specie non è dubbio che i Rispoli acquistavano dal Sanguedolce il cespite, come lo acquistavano del Giudice per la intermedia persona dello stesso Sanguedolce. Ebbene si proponeva alla Corte di merito dagli opponenti al precetto Rispoli che l'Orfanotrofio non procedeva in base del titolo del 1834 ma dell' istrumento del 1873, e la Corte non discusse la tesi, ma si diffuse nello esame se l' istrumento del 1873 contenesse novazione, e avesse distrutta la primitiva ipoteca concessa dal Sanguedolce.

Se di questa deduzione si fosse occupata la Corte avrebbe veduto che il procedimento contro il terzo possessore Rispoli mancava di base per non essersi intimato precetto al debitore Sanguedolce (dal quale Rispoli acquistava) e il quale costituiva quella ipoteca sui fondi al Rispoli venduti.

Il precetto al del Giudice non ripianava il vuoto, perchè il del Giudice nei rapporti di Rispoli è un altro avente causa di Sanguedolce, estraneo ad esso Rispoli, egli è un altro terzo possessore. E se l'Orfanotrofio poteva rivolgersi contro il del Giudice senza bisogno di precettare il Sanguedolce in virtù dell' istrumento del 1873, non può la stessa procedura tenere col Rispoli, nei rapporti del quale deve precettare il Sanguedolce, debitore originario, e trovando nella trascrizione del precetto il passaggio della proprietà da Sanguedolce a Rispoli, potrà intimare a costui il precetto di pagare o rilasciare.

Nè mette in essere il precetto intimato ai Sanguedolce nel 1871 dappoichè non è in base di quel precetto che agisce l' Orfanotrofio, ma in base del precetto 18 gennaio 1892, intimato non a Sanguedolce, ma a del Giudice, non in base dell' istrumento di mutuo e costituzione d' ipoteca del 1854, ma dello istrumento del 1873 al quale è estraneo Rispoli.

Il primo motivo del ricorso adunque contiene giusta ragione di censura della denunziata sentenza, per cui merita accoglimento. Ed annullata per tal riflesso la impugnata sentenza torna vano discendere allo esame del secondo mezzo che riguarderebbe il merito, cioè se lo istrumento del 1873 contenga novazione. Occorrerebbe superar l' ostacolo della nullità in rito del procedimento, per valutar la carenza di dritto a motivo della novazione.

Attesochè accolto il ricorso deve restituirsi il deposito, e sulle spese va più utilmente statuite dal giudice di rinvio.

Per siffatti motivi ecc.

Corte di Cassazione di Napoli — *13 novembre 1897.*

Ciampa *P. P.* — Abatemarco *Est.*

Caracciolo (avv. Luccio)-c.° di Stasi (avv. Spera)

Pruova testimoniale—Nullità—Non di ordine pubblico—Sanabile (art. 46, 183, 209, 232 proc. civ.)
Cassazione — Difetto di discussione — Omessa discussione (art. 517 proc. civ.)

a) *Le nullità circa i termini per raccogliere le pruove testimoniali non sono di ordine pubblico ; quindi possono essere sanate dall' acquiescenza delle parti.*

b) *Non è annullabile per difetto di discussione la sentenza di merito che sostiene il suo convincimento sui risultamenti delle pruove raccolte, riferendosi anche ad una sua precedente sentenza.*

c) *Non è annullabile, per omessa discussione , la sentenza che omette di provvedere su di un capo non domandato specificamente nella parte conclusiva della comparsa, ma di cui si parlò nel solo ragionamento.*

Nel 1° ottobre 1875 il Duca della Salandra conveniva innanzi al Tribunale di Napoli Rocco di Stasi per farlo condannare al rilascio di una zona di terreno da costui occupata in uno dei suoi oliveti in Garuguso, ed all'abbattimento delle fabbriche sopra di esse costruite.

Rispose il convenuto che quel suolo eragli stato verbalmente conceduto dal Sindaco del suddetto Comune, e chiese che questo fosse stato chiamato in causa.

Venuto in giudizio, il Comune rispose, che dall'Archivio nulla desumevasi dell'allegata cessione nonchè il suolo occupato era senza dubbio di pubblica spettanza, dimandò essere posto fuori causa.

Il Tribunale con sentenza 3 Giugno , respinta la pruova orale chiesta da di Stasi per dimostrare la cessione fattagli, ordinò una perizia mettendo fuori causa il Comune.

Appellarono in principale il Duca della Salandra, e per incidente il di Stasi.

La Corte rigettò il primo ed accolse il secondo.

Eseguita la perizia, il Tribunale dispose con una prima sentenza l'esibizione del tipo planimetrico, e con una seconda i chiarimenti orali del perito, e poi con una terza del 28 Dicembre 1885, il Tribunale stesso rigettò la domanda del Duca.

Questi appellò sostenendo il suo assunto con gl'istrumenti di locazione, ed in ogni caso con l'usucapione, in linea subordinata chiedeva la pruova testimoniale per dimostrare il legittimo ed immemorabile suo possesso di quella zona.

La Corte di Appello di Potenza, non persuasa del dritto del Duca dagl' istrumenti, ordinò la prova per testimoni da costui domandata in via subordinata.

Contro questa sentenza ricorse il Duca, e la Corte di Cassazione l'annullò sia perchè la sentenza avea dichiarato che la locazione di un fondo non fosse utile a costituire il possesso ad usucapire, sia perchè avea ritenuto imprescrittibile come di uso pubblico una cava che potea essere un bene patrimoniale del Comune.

In rinvio la Corte osservò, che l' unica e vera quistione della causa consisteva nell'esaminare se l' esercizio del dominio affermato dal Duca risalisse ad un trentennio anteriore all'occupazione ed alla fabbrica costruita dal di Stasi, e se il confine dei suoi oliveti si estendesse sino alla strada ed in guisa da comprendere bensì la zona in contestazione.

Posta in tal modo la quistione della causa la Corte disse, che se non era provata la cessione che il di Stasi asseriva aver ottenuta dal Comune, non di meno tanto questo, che di Stasi concordarono nel dir pubblica quella zona. Soggiunse che se gl' istrumenti di locazione dimostravano che il possesso degli oliveti stava presso il Duca, non dichiaravano altresì che la zona occupata facesse parte degli oliveti medesimi, tanto più che quella zona era descritta incolta, coperta da cespugli, e destinata al cavamento di arena ad uso di tutti.

Dopo ciò la Corte, non trovando nel Catasto, nè nella perizia, elementi, stimò necessario ricorrere alla pruova testimoniale invocata dal Duca stesso subordinatamente. Morto costu, riassunta l' istanza dagli eredi, ed eseguita la pruova testimoniale, la Corte con sentenza 21-28 Gennaio 1895 diè la decisione definitiva, rigettando l'appello del Duca, e con esso anche l'eccezione di nullità della ripruova per decorrenza di termini secondo ch'era stato proposto nell'atto che andavano a raccogliere la riprova medesima.

Disse la Corte in quanto all'eccepita nullità, che questa non di ordine pubblico era stata sanata dal silenzio delle parti, che sebbene presenti al Decreto di assegnazione del Pretore non fecero opposizioni anzi l'eseguirono, e che ad ogni modo essendo dipesa dal fatto del Giudice sarebbesi potuta rinnovare.

In quanto al merito la Corte, riportandosi alla precedente sua sentenza, disse che dal complesso della pruova orale non solo era stato eliminato ogni dubbio rimosso dalla pruova documentale, ma risultava la *certezza* che la zona disputata per essere di pubblico uso non era mai appartenente al Duca.

Contro siffatta sentenza ricorrono gli eredi del Duca per 5 motivi, i primi due riguardono la respinta nullità della ripruova, il 3° e 4° il difetto di discussione, il 5° l'omessa discussione del capo primo della comparsa conclusionale 14 gennaio 1895 relativo a doversi

ritenere che l' occupazione almeno di una parte della zona era caduta sopra un lembo dell'oliveto.

Sui detti cinque mezzi il Supremo Collegio osserva:

Che i due primi non reggono imperocchè la Corte ritenne in fatto, siccome dagli atti risultava, che di Stasi nel giorno che si raccoglieva la pruova fece istanza al Pretore affinchè fosse stabilita la udienza nella quale fossero intesi i suoi testimoni in ripruova, ed il Pretore stabilì il giorno 4 maggio consecutivo senza osservazione alcuna in contrario, anzi con pieno assentimento dei rispettivi procuratori, i quali sottoscrissero il verbale. Nè al provvedimento così dato fece seguito nei tre giorni successivi alcun reclamo (art. 183 e 209 c. p. c.),

Per la qual cosa veniva assai tardiva l'eccezione di nullità proposta nel giorno designato all'udizione dei testi della prova contraria, e trattandosi di nullità che non è di ordine pubblico può essere ben sanata dal silenzio delle parti, come giustamente afferma la sentenza.

Oltre a ciò ben notava il resistente che ad ogni modo la nullità sarebbe accaduta per fatto del giudice, ed in tal caso la legge permette che la pruova si rifaccia a sue spese, sicchè l' annullamento per tal riflesso non avrebbe avuto pratico risultamento in rinvio, dove la prova contraria si sarebbe ripetuta.

Che neppure reggono il 3 e 4 mezzo relativi al difetto di discussione. La Corte esprime nettamente e recisamente il suo convincimento, e lo sostiene non solo sui risultamenti della pruova diretta e contraria, ma anche riferendosi alla precedente sua sentenza che ampiamente discusse documenti. Ed è opportuno aggiungere che a quella prima sentenza il Revertera si acquietò, e ch' egli stesso invocò la pruova orale che gli fu concessa.

Che il 5° motivo è ostacolato dal fatto che nella parte conclusiva della comparsa del 14 gennaio 1895 non si fa cenno con un capo specifico della subordinata cui il ricorso si riferisce e se ne parlò nel solo ragionamento. Ma a non voler essere rigorosi, ed a voler ritenere che ciò fosse bastato ad obbligare la Corte a discuterne, è da riflettere che avendo la Corte detto che l' *intera zona* occupata era di pubblico uso e non di particolare proprietà di Revertera era inutile che fosse discesa alla subordinata, la quale era assorbita dallo espresso convincimento.

Il ricorso adunque va respinto con la condanna nelle spese e nella perdita del deposito che resta liberato all'Erario dello stato.

Per tali motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI NAPOLI — *13 novembre 1897*

CIAMPA *PP.* — CERCHI *Est.*

Dattilo (avv. Congedo)-c.° de Salvo (avv. C. Salvo)

Cassazione—Ricorso—Rinunzia—Firme delle parti (art. 550 proc. civ.)—**Omessa pronunziazione—In che consiste** (art. 517 proc. civ.) — **Azione negatoria servitutis.**

a) *Non può darsi atto alla rinunzia del ricorso per cassazione, quando l'atto di rinunzia non sia firmato dalle parti e costoro non provino di essere gli eredi del ricorrente morto durante le more del giudizio.*

b) *Deve ritenersi per azione negatoria di servitù quell'azione diretta ad abbattere il prolungamento di un tubo fumario già preesistente.*

c) *Perchè si possa annullare la sentenza di merito per omessa pronunziazione sopra alcuno dei capi di domanda, occorre che il detto capo sia stato prodotto per conclusione speciale, e non è sufficiente che esso si trovi accennato nel corpo della comparsa e che nella parte conclusiva della medesima si sia detto che si deve intendere ripetuto quanto di sopra si è detto.*

Con atto del 22 ottobre 1897 Andrea Dattilo dichiarò che trovavasi in possesso d'un comprensorio di case, di cui ad una stanza si trovava un'altra soprapposta a tetto per uso di pagliara, che la vicina Caterina de Salvo si era permessa non solo di aprire un camino perpendicolarmente al muro di ponente al detto casamento, ma eziandio di elevare la tromba del camino stesso a livello della mentovata stanza con permanente pericolo e minaccia di danno. Laonde convenendo essa di Salvo davanti il Pretore di Alessano domandò farsi obbligo alla convenuta di demolire il camino condannandosi la medesima alle spese.

Il Pretore dopo una prima e seconda perizia con sentenza dei 12-17 settembre 1893, ritenendo infatti che il camino preesisteva abantico, e che la de Salvo lo avea soltanto prolungato di m. 1,40, ordinò abbassarsi di esso la parte prolungata.

In appello il Tribunale di Lecce con sentenza dei 7-14 dicembre 1894 cominciò dallo stabilire che l'azione promossa non era di danno temuto bensì una negatoria servitutis; indi considerò che il fatto di Dattilo, quello di avere sopra inalzata un'altra stanza, avea costretto la de Salvo a prolungare l'antico tubo del camino, anche la medesima non avea creato una servitù più onerosa, ma avea renduto semplicemente possibile l'esercizio di quella già esistente.

In conseguenza della quale considerazione rivocando la sentenza appellata rigettò la domanda.

Contro tale pronunziato il sig. Dattilo in data 6 aprile 1895 produceva ricorso affidato ad otto mezzi di annullamento.

Al quale ricorso altri signori Dattilo, dicendosi eredi del ricorrente deceduto nelle more del giudizio, rinunziavano con atto del 2 aprile 1896.

Premesse le quali nozioni di fatto

Attesochè non sia il caso di darsi atto di detta rinunzia, sia perchè non giustificato che il ricorrente fosse morto, nè tanto meno che i rinunzianti ne fossero gli eredi, e perchè l'atto di rinunzia non si vede corredato di alcuna firma delle parti, nè corredato di altra formalità che ne garentiscono l'efficacia giuridica.

Attesochè con i primi quattro mezzi si attacchi la sentenza del Tribunale per avere l'azione promossa erroneamente definita negatoria di servitù, e per avere erroneamente esclusa quella di danno temuto, contro l'intero contesto giudiziario; ponendosi in ciò fare in contraddizione con se stessa, avvalendosi di argomenti niente-affatto conformi ai dettami di legge e trascurando di discutere principii di dritto e deduzioni state opposte in contrario.

Or tutta intera codesta impugnativa perde di pregio sol che si consideri che il Tribunale si uniformò al primo giudice, quando ebbe a riconoscere nell'azione istituita una negatoria di servitù: lo chè tanto vero, che mentre col libello introduttivo del giudizio, si era dimendicato la rimozione dell'intero tubo fumario, il Pretore in base ai risultamenti istruttorii, per i quali si constatava che il camino preesisteva ab antico, accolse la domanda assai limitatamente, disponendo cioè che il solo prolungamento di detto tubo si dovesse rimuovere.

Con che venne indubitatamente ad affermare nella signora de Salvo la servitù attiva del camino contro la pretensione opposta del Sig. Dattilo; e soltanto perchè il prolungamento si rivelava maggiormente pregiudiziale a costui ed a nessuno era dato rendere una servitù più gravosa, ordinò di esso la rimozione.

Ebbene codesto pronunziato del primo Giudice, appellato dalla Signora de Salvo, non fu impugnato dal ricorrente, il quale con ciò venne ad accettare che la quistione non era di danno temuto, ma bensì della esistenza o meno della servitù. Quando il Tribunale adunque in tali sensi propose e risolvette la controversia, non venne affatto a contraddire al contesto giudiziario, inoltre assolvette un'indagine tutta di fatto che non va soggetta a censura.

Una volta poi ritenuto in fatto l'antica preesistenza del camino, si scorge di leggieri che i principii invocati dal signor Dattilo in base agli articoli 574 e 646 cod. civ., ed il primo specialmente, non facessero più al caso; si vedrà tra non guari nel discutersi il 5° mezzo qual governo abbia fatto il Tribunale dell'altro mentovato art. 646. Neppure sussiste punto la contradizione che il ricorrente lamenta, che cioè il Tribunale, mentre da una parte ha negato che l'azione istituita entrasse nella ipotesi dell'art. 699 cod. civ., dall'altra abbia

tale ipotesi ammessa: imperocchè la sentenza impugnata costantemente ragiona sempre per escludere l'ipotesi di detto articolo, dimostrando che non concorressero le ragioni giuridiche di essa.

Attesochè col 5° mezzo il ricorrente enuncii un principio che è in dritto esattissimo, *tantum praescriptum, quantum possessum*. Senonchè il Tribunale non ha violato punto tali principii nè l'altro che si ricava dal predetto articolo 646. Il Tribunale ha stabilito in fatto che preesisteva la servitù del camino, ha stabilito in fatto che l'innalzamento di un'altra stanza da parte del signor Dattilo avea renduto necessario per l'esercizio di detta servitù il prolungamento del tubo, e dopo ha conchiuso ch'esso Dattilo dovea attribuire al fatto tutto proprio il danno che poteva per avventura risentire: *quod quisque ex culpa sua damnum sentit, non videtur damnum sentire*. Così decidendo il Tribunale ha conciliato, come doveva, diverse disposizioni di legge senza violarne alcuna. Ed è strano poi il 7° mezzo del ricorso, col quale si vuole elevare a motivo di annullamento il fatto che il Tribunale anzichè ripetere per intero il surricordato principio di dritto *quod quisque aut*, si sia limitato ad accennare soltanto con la parola iniziale *quod* non senza però averne esposto prima il concetto. Il ricorrente metta da parte il detto principio, e troverà egualmente la sentenza a *sufficienza motivata* in proposito.

Attesochè non abbiano maggior pregio gli altri due mezzi 6 ed 8. Gli argomenti addotti dal Tribunale è che col 6° mezzo si dicono erronei, sono tutti apprezzamenti di fatto per i quali quel Magistrato ha manifestato il convincimento che la servitù per nulla era addivenuta più gravosa pel fatto della signora de Salvo. Quanto poi all'ultimo mezzo, col quale il ricorrente lamenta che il Tribunale non abbia in alcuna considerazione una sua deduzione, quella che la de Salvo per prolungare il tubo fumario avrebbe dovuto ottenere in ogni caso la comunione del muro a ponente della stanzetta del ricorrente, la osservazione in risposta è molto semplice. Detta deduzione, se pure si trova accennata nel corpo della comparsa conclusionale del 16 giugno 1894, non si scorge affatto riprodotta con capo speciale nella parte conclusiva di essa comparsa, non essendo sufficiente l'essersi quivi detto che si doveva intendere ripetuta quanto di sopra si era esposto. Per darsi luogo ad un annullamento per omessa pronunziazione sopra alcuno dei capi di domanda, il comma dell'articolo 517 c. p. c., richiede che detto capo sia stato prodotto per conclusione speciale.

Attesochè per le fatte osservazioni debba rigettarsi il ricorso e con ciò emettersi i provvedimenti di cui all'art. 541 detto codice.

Per tali motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI NAPOLI — *16 novembre 1897*

CIAMPA *Pres.* — DE MICCO *Est.*

Pagliari (avv. Messuri e Plastino) c.° Panizzi (avv. P. Grippo)

Prova testimoniale—Lista unica (art. 234 proc. civ.)

Incominciata la prova testimoniale, non possono ammettersi altre liste di testimoni, dopo scorsi i cinque giorni fissati da quello per l'esame in genere dei testimoni medesimi (1).

La Corte di Cassazione osserva in punto di fatto, che nel giudizio di nullità di due testamenti attribuiti al signor Vitantonio Panizzi, istituito contro la signora Mariannina Pagliari, coniuge superstite del detto Vitantonio, dagli eredi legittimi di costui Domenico, Angelina e Francesco Panizzi, il Tribunale civile di Bari con sentenza 17 novembre 1895, ammise i Panizzi a provare con testimoni la serie dei fatti per essi articolati onde dimostrare la infermità di mente del testatore. E notificatasi tale sentenza, e fissatosi dal giudice delegato il giorno per la udizione dei testimoni, furono intesi la più parte di quelli della prova nel termine di legge, fino al 16 marzo 1896, giorno in cui fu prorogato di due mesi il termine per la pruova e per la ripruova, fissandosi il giorno 27 marzo pel prosieguo. Frattanto nel giorno 20 detto mese di marzo la Pagliari fece notificare una lista aggiunta di altri testimoni.

Iniziatosi lo esame dei testimoni di ripruova i Panizzi dedussero la inammissibilità della lista aggiunta notificata dalla Pagliari. Ed il Tribunale, cui fu rinviato cotesto incidente, con sentenza di aprile 1896 dichiarava nulla la suindicata lista aggiunta notificata dalla Pagliari, e dichiarava non trovar luogo a deliberare sulla istanza subordinata dei Panizzi di volere aggiungere per loro conto altri testimoni.

Contro tale sentenza la Pagliari produsse appello principale per il capo col quale si era dichiarata nulla la sua lista aggiunta: appellarono incidentalmente e condizionatamente i Panizzi per essersi dichiarato non luogo a deliberare sulla loro domanda subordinata. E la Corte d'appello di Trani con la denunziata sentenza accolse entrambi i gravami, ordinando che fossero sentiti i testimoni indicati nella lista aggiunta della Pagliari ed autorizzando i Panizzi a far notificare anch'essi una lista suppletiva di testimoni.

(1) Nello stesso senso: Cass. Napoli, 2 giugno 1896 (*Giurisp. Ital.* 1896, 1, 651).

La Corte di Cassazione di Torino, invece, persiste nella opinione che la notificazione dei nomi dei testimoni dev'essere fatta cinque giorni avanti il rispettivo esame e non già cinque giorni prima che si dia principio all' udizione in genere degli esami. V. Sentenza 6 marzo 1895 (*Giurisp. Ital.* 1896, I, 1, 432).

Contro questa sentenza han prodotto ricorso per Cassazione così la Pagliari che i Panizzi. La prima per essere stati i Panizzi autorizzati a presentare altri testimoni: ed i secondi per essersi ammessa la lista aggiunta dei testimoni presentata dalla Pagliari.

Attesochè la Corte di merito con la sentenza denunziata quando disponeva, come innanzi, cioè che fossero sentiti i testimoni novelli indicati dalla Pagliari con la sua lista aggiunta, dopo essere stati sentiti la maggior parte dei testimoni della pruova diretta: e quando nel tempo stesso facultava i Panizzi a far notificare anche essi una lista suppletiva di testimoni faceva erronea interpetrazione dell'articolo 234 cod. proc. civ. contradicendo allo spirito ed alla lettera dell'articolo medesimo. Ed il suo pronunziato si ravvisa in senso opposto ai principii che disciplinano la pruova per testimoni, riformati più volte in casi simili da questo Supremo Collegio. E per fermo vuolsi notare che la legge nell'ammettere la pruova orale, poichè la giudica poco certa e sicura la limita a taluni casi e stabilisce per raccoglimento delle stesse formalità e termini di rigore per evitare intrighi e sorprese. E tra le formalità dalla legge stabilite primeggia quella della primitiva e vicendevole notificazione della lista dei testimoni, perchè le parti sapessero coloro che andrebbero a rendere le loro dichiarazioni onde avvalersi dei dritti che la legge ad essi concede ed impedirsi possibili concerti ed intrighi. La qual cosa rimarrebbe frustata, ammettendosi liste aggiunte dopo iniziata l'udizione dei testimoni indicati in una lista precedente.

Arrogi che se ciò sta per la ragione che informa il precitato articolo 234 deve pure tanto ritenersi pel modo com'è scritto l'art. medesimo, esprimendo il divieto delle liste aggiunte. Avvegnachè con esso è detto che la notificazione della lista dei testimoni vada fatta 5 giorni prima dell'esame dei testimoni, il che vuol dire l'esame in genere di questi, e non mica quello di cadauno di essi testimoni. E cotesto concetto si rende più chiaro ancora quando si confrontino la precitata disposizione del nostro codice di procedura con quella del codice per gli Stati Sardi del 1859 che consentiva la pluralità delle liste.

Che non vale poi il dire, di non esservi disposizione alcuna di legge, che prescrive la lista unica, e vieti la suppletiva per i testimoni da esaminarsi, trattandosi di una decadenza di dritto perchè contro rationem iuris. E molto meno ancora vale lo invocare l'articolo 249 citato codice, imperocchè mentre questo giustamente ammette potersi rinnovare lo esame dei testimoni, dichiarato nullo per i casi in esso contemplati, nega potersi sentire testimoni novelli. Nulla perciò dice codesta disposizione di legge in senso opposto all'interpetrazione data al precedente art. 234 innanzi discusso.

Che se è così, vogliono entrambi i ricorsi dei quali si tratta essere accolti, poichè quantunque diretti a fini diversi, l'errore di

dritto in cui è caduta la Corte è lo stesso e colpisce amendue i detti gravami. Vige l'azione del precitato art. 234 c. p. c.

Per questi motivi ecc. ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI NAPOLI — *16 ottobre 1897*

CIAMPA *P. P.* — ANTONUCCI *Est.*

Corvaglia c. Sparco

Mediatore—Compromesso — Affare conchiuso — Mediazione (art. 32 cod. comm.)

a) *Perchè il mediatore possa avere il diritto di mediazione, non basta che le parti si siano messe di accordo per la stipulazione di un contratto, essendo poi indifferente che questa stipulazione sia o no avvenuta.*

b) *Deve però ritenersi affare conchiuso per il mediatore, quando le parti si siano legate con un compromesso per la stipulazione di un contratto, sottoponendosi financo ad una penale nel caso d'inadempienza.*

La Corte ha ritenuto in fatto che il signor Raffaele Sparco con atto dei 4 marzo 1893 dedusse di essersi tra lui e il signor Salvatore Corvaglia stabilito ch'esso istante gli avrebbe fatto comprare il fondo Marianna sito in territorio di Poggiardo di proprietà del signor Francesco Carallo, dietro il compenso di L. 100.

E difatti per l'opera assidua dell' istante Sparco, il sig. Corvaglia stipulava un compromesso relativamente alla vendita del detto fondo, ma non avendo il convenuto soddisfatto il pattuito compenso lo citava innanzi al Conciliatore in sede commerciale perchè vi avesse adempito. Il Conciliatore in seguito di una prova testimoniale che venne all'uopo raccolta, fece dritto alla domanda condannando il Corvaglia al pagamento della somma richiesta. Il medesimo produsse appello per varii motivi e segnatamente perchè la mediazione dello Sparco era rimasta senza effetto non avendo avuto luogo il contratto per essersi dal Tribunale disposta la vendita, tanto del fondo anzidetto che di altri, in un sol lotto.

Fu però dal Pretore rigettato l' appello, ritenendosi che essendosi per opera del mediatore concordate le parti mercè di un compromesso per tutte le condizioni della vendita, questa era conchiusa, e la conclusione dell'affare dava dritto al compenso pattuito.

Contro di questa sentenza ha prodotto ricorso il Corvaglia proponendo un sol mezzo di annullamento col quale sostiene, che la massima ritenuta dal Pretore è contraria non solo alla testuale disposizione dell'art. 32 cod. di comm. che dichiara espressamente non competere compenso al mediatore se l'affare non fu conchiuso, ma è contraria alla giurisprudenza che ha ritenuto non spettargli un

tale compenso, anche quando abbia fatto conchiudere verbalmente il contratto fra le parti se per la validità del contratto era richiesta la prova scritta solemnitatis causa.

Attesochè non è a dubitarsi che il giudice del merito, nel ritenere dovuto il compenso di mediazione di che trattasi, ha attribuito allo art. 32 cod. di comm. un significato che non potrebbe avere. È infatti il medesimo concepito nei seguenti termini: « al mediatore non compete il dritto di mediazione se l'affare non è stato conchiuso. »

Or secondo la impugnata sentenza basterebbe per potersi ritenere conchiuso l'affare quando le parti si fossero messe di accordo per la stipula di un contratto, essendo poi indifferente che questa stipulazione sia o no avvenuta, perchè la circostanza che una delle parti rifiuti di stipulare il contratto concordato, non varrebbe a privare il mediatore del compenso pattuito. Tutto ciò non è per verità esatto.

Un semplice accordo delle parti per un contratto a stipularsi non può far ritenere conchiuso l'affare quando ciascuna di esse poteva a suo piacimento negarsi di devenire alla effettiva stipulazione.

Attesochè nella specie però vi era qualche cosa di convenuto cui le parti erano devenute, che consisteva nel compromesso, col quale le medesime si erano obbligate al contratto di comprovendita sottoponendosi ad una penale di L. 500 nel caso di inadempienza.

E sotto questo aspetto disse bene il Pretore che statuito così il compromesso mercè l'opera indefessa dello Sparco ed essendosi in tal modo concordate le parti per tutte le condizioni della compravendita, questa era conchiusa, e la conclusione dell'affare dava dritto al mediatore di pretendere il premio stabilito in L. 100. Nè questo giudizio del Pretore incontra l'ostacolo del detto art. 32 col quale viene negato il compenso quando l'affare non sia stato conchiuso, giacchè queste parole *affare non conchiuso* vanno intese nel senso, che vi sieno state soltanto delle trattative, ma non si pervenne poi ad una conclusione definitiva, ed in questa ipotesi è evidente che l'opera del mediatore è rimasta senza effetto, e non può aver dritto a compenso. Ma quando come nella specie fu tutto stabilito tra le parti e si vincolarono esse con un compromesso sotto una penale in caso di trasgressione può bene ritenersi di trattarsi di affare conchiuso, stante il vincolo giuridico che avvinceva le parti in virtù di quel compromesso, col quale rimase tutto stabilito, in modo che l'opera del mediatore era compiuta, e non poteva negarglisi il pattuito compenso.

Per questi motivi ecc.

Corte di Cassazione di Napoli — *16 novembre 1897.*

Ciampa *PP.* — Cerchi *Est.*

Cordopatri (avv. B. Spirito) c.° La Torre (avv. A. Durante)

Esecuzione mobiliare—Domanda in separazione — Citazione del debitore (art. 647 proc. civ.)

Chi propone la domanda in separazione, è obbligato a citare il solo creditore istante; e il Pretore, in questo primo momento, è chiamato solo ad emettere il provvedimento di sospensione.

In virtù di cinqne effetti cambiari del montare complessivo di lire 1507,10 accettati da Diego Polito e debitamente protestati, il Barone Francesco Cordapatri fece dapprima notificare precetto, indi con verbale del dì 8 giugno 1895 procedeva a pegnoramento di talune derrate esistenti nel fondo denominato Capitano Polito, od altrimenti Afflitto, e del valore di lire 210. Detto fondo con rogito del 29 luglio 1893 era stato da Diego Polito donato alla propria figliuola Domenica e da costei più tardi con istrumento del 15 marzo 1895 venduto a Francesco La Torre. Epperò questi in base a tale istrumento propose domanda in separazione: sulla quale, provvedendo il Pretore di Tropea con sentenza contumaciale dei 25 giugno 1896, l'accolse ed ordinò al custode giudiziario di consegnare ad esso La Torre le derrate oppignorate.

Ne appellò il signor Cordopatri deducendo tre cose, che la citazione era nulla, perchè notificata al domicilio eletto nell'atto di precetto: che il Pretore ai termini dell'art. 647 c. p. c. doveva limitarsi a sospendere la vendita senza interloquire nel merito della contestazione, che tanto la donazione fatta da Diego Polito alla figlia quanto la posteriore vendita da costei alla La Torre erano simulate e fraudolenti. Il Tribunale non attese a verune di tali deduzioni e con sentenza del 3-6 maggio 1896 rigettò il gravame. Considerò quel magistrato in ordine alle due ultime deduzioni che la contumacia del signor Cordopatri obbligava il Pretore a pronunziare diffinitivamente sul merito della lite, ch' era di sua competenza; che la simulazione e frode costituivano una domanda nuova da non poter essere presa in considerazione in grado di appello.

Avverso tale sentenza il Cordopatri ha prodotto ricorso in base a due motivi: con uno dice violato l'articolo 647 c. p. c., con l'altro impugna la deduzione di simulazione e frode contro i titoli, di cui era portatore il signor La Torre per sostenere la sua istanza costituisse una domanda nuova, anzichè una eccezione.

Le quali cose premesse.

Attesochè senza bisogno di discendere allo esame del secondo

motivo del ricorso, il quale avrebbe pure la sua importanza, certa cosa sia che pel primo motivo la sentenza impugnata debba essere annullata. Il Tribunale ha manifestamente violato l'art. 647 c. p. c., fraintendendone il significato. Per tale articolo chi pretenda avere la proprietà od altro dritto reale sopra tutti o parte dei mobili pignorati, può citando il creditore istante davanti il Pretore, che deve provvedere per la vendita, opporsi alla medesima e proporre la separazione a suo favore di quanto a lui spetta.

Quegli adunque che propone la domanda di separazione non ha altro obbligo che quello di citare il solo creditore istante, ed il pretore in questo primo momento non è chiamato ad altro, che ad emettere il provvedimento di sospensione; e rimettendo contemporaneamente le parti davanti il Tribunale, se si riconosca incompetente a giudicare del merito della domanda; o fissando una udienza avanti a se stesso, se invece si riconosca competente.

Il provvedimento di sospensione della vendita, soggiunge l'articolo medesimo 647, è notificato al creditore pegnorante, al debitore e all'ufflziale incaricato della vendita: questa notificazione vale citazione per comparire all'udienza stabilita. Lo che dimostra che quel primo provvedimento il Pretore sia chiamato ad emetterlo in contraddizione del solo creditore pignorante, ma che dappoi il merito della domanda non possa altrimenti essere discusso, che in contraddizione del debitore principale interessato e davanti al magistrato competente.

Invece secondo il concetto della sentenza impugnata, pur lasciandosi da parte che la indagine in ordine alla competenza non apparisce fatta a norma di legge giacchè quando discutendosi della spettanza di frutti si debba giudicare della proprietà del fondo, allora non è il valore dei frutti, ma quello del fondo che deve determinare la competenza, secondo il concetto, ripetesi, della sentenza impugnata il discutere e giudicare del merito di una domanda di separazione può aver luogo senza la presenza del debitore, in contraddizione del solo creditore pignorante. Il bisogno della presenza del debitore fa intendere che in quel primo momento, quando vi ha il contraddittorio del solo creditore pignorante, il pretore, competente o incompetente a giudicare del merito, debba limitarsi soltanto a provvedere in ordine alla sospensione della vendita lasciando ampia ed invulnerata più tardi la discussione in ordine al merito della domanda in contraddizione di tutte le parti interessate. Sotto questo aspetto adunque l'art. 647 c. p. c. apparisce male interpetrato: donde il fondamento per l'annullamento della sentenza denunziata.

Attesochè sia opportuno domandare al magistrato di rinvio il provvedere pure intorno alle spese del presente giudizio di cassazione.

Attesochè debba intanto ordinarsi la restituzione del deposito.

Pe tali motivi ecc.

Cassazione di Napoli — *18 novembre 1897*

Ciampa *PP.* — Toraldo *Est.*

Caropreso (avv. De Mita) c.° Acito (avv. Lopez e Cannada-Bartoli)

Imprenditore—Azione di garentia—Termine di due anni dal fatto verificato—Improrogabile (art. 1639 cod. civ.)
Cassazione—Convincimento di fatto—Confessioni — Incensurabilità (art. 517 proc. civ.)
Conchiusione subordinata — Assorbita dalla principale — Solidarietà—Debitore—Eccezioni comuni agli altri condebitori (art. 1133 cod. civ.)

a) *L'azione contro l'architetto e imprenditore per i danni che risultano dalla rovina in tutto o in parte di un edificio o di un'altra opera notabile o dallo evidente pericolo di rovinare per difetto di costruzione o per vizio del suolo dura bensì dieci anni, ma dev'essere promossa, a pena di decadenza, entro due anni dal giorno in cui si è verificato uno dei casi sopra enumerati.*

b) *Il convincimento del magistrato di merito, con cui si determina l'epoca in cui si è verificato uno dei casi contemplati dall'art. 1639 § 1 cod. civ. per dare adito all'azione contemplata dallo stesso articolo, è incensurabile in cassazione, come del pari è incensurabile il convincimento circa il valore della confessione di una delle parti.*

c) *Non deve il magistrato discendere allo esame di una conclusione quando questa è rimasta assorbita.*

d) *Il debitore in solido convenuto in giudizio, può opporre contro il creditore tutte le eccezioni che gli sono personali e quelle pure che sono comuni a tutti gli altri condebitori.*

Con istrumento del 16 dicembre 1897 Michele e Donato Rosario Acito vendettero ad Enrico Caropreso un casamento di recente da essi costruito, consistente in tre sotterranei e corrispondenti soprani a livello di strada.

Poco dopo, volendo Caropreso elevare il 2° piano di quel casamento, ne concesse agli stessi Acito l'incarico e costoro garentirono come per legge, vale a dire per un tempo non minore di dieci anni l'opera da costruirsi non solo, ma quella già costruita, obbietto della vendita del 17 dicembre 1897. Di cotesta obbligazione si rese garante solidale Andrea Suglia.

Le nuove costruzioni furono compiute e consegnate al committente nel mese di agosto 1888.

Costui, con citazione del 9 settembre 1892 asserendo che non era ancora passato un anno dalla consegna ed il fabbricato aveva mostrato alcune lesioni di molta importanza nella parte sua sostanziale, il che aveva recato allarme agli abitanti, spingendone il maggior

numero ad abbandonare a mezzo dell'anno 1888-1889 quel casamento che poi infatti crollò il 28 dicembre 1896, trasse davanti il Tribunale i signori Acito e Suglia e chiese in linea di garentia i danni ed interessi.

Il Tribunale con sentenza dell'11-12 giugno 1893 respinse le eccezioni dei convenuti ordinò perizia per determinare le vere cause del crollamento, e prova per testimoni per accertare se Michele Acito prese parte assieme al figlio nella costruzione delle fabbriche nuove dall'attore loro commesse.

Sugli appelli prodotti da Suglia e da Michele Acito, la Corte considerò che ai sensi dell'art. 1639 C. C., l'azione contro l'architetto e l'imprenditore per i danni che risultano dalla rovina in tutto o in parte di un edificio o di un' altra opera notabile, o dallo evidente pericolo di rovinare, per difetto di costruzione o per vizio del suolo, dura bensì 10 anni, ma dev'essere promossa entro due anni dal giorno in cui è verificato uno dei casi sopra enunciati, la rovina cioè dello edifizio, e l'evidente pericolo di rovinare per difetto di costruzione o per vizio del suolo, — che nella specie, lo stesso Caropreso nell' atto introduttivo del giudizio aveva confessato che non era scorso ancora un anno dal dì della consegna (agosto 1888) ed il fabbricato aveva mostrato alcune lesioni di molta importanza nella sua parte sostanziale, sicchè a mezzo del 1888-1889 gli abitanti lo abbandonarono; che da quell'epoca va computato il *dies natae actionis* per modo che quando fu iniziato il giudizio, il 9 settembre 1892 il biennio era trascorso, l'azione promossa era inammissibile ed il fatto del crollamento avvenuto nel 1890 non potea dare ingresso in giudizio all'azione in parola.

Di conseguenza, accolti gli appelli e rivocata la sentenza del Tribunale venne dichiarato decaduto il Caropreso dal dritto di esperimentare l'azione per indennità di cui al ricordato art. 1639.

Avverso questa sentenza Caropreso produsse ricorso affidandolo a 5 motivi.

Che innanzi tutto il ricorrente lamentasi della denunciata sentenza per avere ritenuto perentorio il termine dei due anni nel quale ai sensi dell'art. 1639 dev'essere promossa l'azione per l'indennità.

Ma codesta censura non ha pregio alcuno sia perchè è principio che i termini fissati dalla legge sono per loro natura perentorii, sia perchè codesta perentorietà risulta dalla formola imperativa usata dal legislatore nella disposizione in esame; sia perchè la disposizione medesima, la quale non leggevasi nei relativi articoli delle abolite legislazioni, fu nel Codice Italiano introdotta per motivi di pubblico interesse, i quali impediscono che in modo alcuno si eluda la legge e sia perchè è risaputo che quanto si fa in contraddizione della legge è improduttivo di giuridici effetti.

Che inattendibile è la censura contenuta nel 2° mezzo. Con esso

il ricorrente lamentasi, perchè la Corte avrebbe tratto dalla confestione del ricorrente, quanto essa non conteneva e quanto avrebbe dovuto contenere, vale a dire, la coscienza di lui che le lesioni importanti manifestate nel 1889 in una parte del casamento, dipendevano dal difetto di costruzione, e per vizio del suolo. Ma se è vero in dritto che il *dies a quo* per farsi luogo al biennio di cui nel ripetuto art. 1639 vien determinato dalla rovina in tutto od in parte dell'edificio e dal giorno in cui si presenta evidente il pericolo di codesta rovina, è certo nel fatto che i giudici di merito si convinsero in modo incensurabile che le lesioni manifestatesi nel 1888–1889 nel fabbricato erano di quella natura che avea dato luogo al *dies natae actionis* e, cioè, che derivano dal vizio del suolo, o dalla cattiva costruzione. Partendo da questo presupposto la sentenza concluse che il biennio per l'esperibilità del suo dritto, il ricorrente non doveva computarlo dalla nota del Sindaco 26 novembre 1890, ma dal giorno in cui le lesioni di molta importanza nella parte sostanziale del fabbricato si erano manifestate, cioè dalla metà dell'anno 1888-1889.

Questo convincimento è incensurabile in Cassazione, e lo è non solo per i poteri del Supremo Collegio, ma anche perchè ove del convincimento medesimo si potesse fare obbietto di esame sarebbe facile dimostrarne la fondatezza.

Compreso in vero che nel suo atto introduttivo del giudizio 1892 mette a riscontro quelle lesioni con l'avvenuto posteriore crollamento dell'edificio, offre la prova di avere egli fin dal principio avuto coscienza che le lesioni in parola avevano l' identica causa del crollamento, vale a dire il difetto di costruzione.

Qui si riattacca il 4° mezzo col quale il ricorrente lamentasi di essere stata la sua confessione violata, sotto un altro aspetto vale a dire ritenendola relativa all'intero edifizio, mentre essa riferivasi ad una parte del medesimo, sicchè il biennio potevasi invocare per quella parte non per l'intero.

Però anche in codesto ricorre la massima che incensurabile sia il convincimento dei giudici di merito e ciò a parte di quello ch'era risultato dalle perizie e cioè che il crollamento della parte dell'edificio nella quale si erano manifestate le lesioni doveva cagionare necessariamente la caduta dell'edificio intero.

Che col 3° e 5° mezzo il ricorrente sostiene che la sentenza denunciata violò la legge quando non dispose la prova invocata dai convenuti per giustificare che dopo le lesioni si erano fatte delle opere di rinforzo, sicchè il biennio non poteva decorrere se non dal 26 novembre 1890, epoca nella quale quei rinforzi si erano manifestati insufficienti, soggiungendo che la Corte non avrebbe potuto accogliere la dedotta decadenza, in rapporto ai convenuti Acito i quali non avendola dedotta in prima istanza, davanti il Tribunale l'avevano tacitamente rinunciata.

Però la prova, di cui si tien proposito nel 3° mezzo, i convenuti la chiesero in via subordinata, e per l' ipotesi in cui la loro difesa principale, e, cioè l' inammissibilità dell' azione pel decorso biennio, fosse stata respinta. La Corte quindi che fece dritto a codesta eccezione, non doveva, nè poteva discendere all' esame della conclusione subordinata la quale rimase assorbita.

D'altra parte, se è vero, che in prima istanza gli Acito non eccepirono la decadenza pel trascorso biennio, é vero altresì che fu sollecito a farlo il loro carico solidale sig. Puglia, per modo che la eccezione da lui proposta, comune agli Acito deve loro giovare ai sensi dell'art. 1193 c. c. secondo il quale il debitore in solido convenuto dal creditore, può opporre tutte le eccezioni che gli sono personali e quelle pure che sono comuni a tutti gli altri condebitori. D'altronde trattandosi di esecuzione perentoria, essa era proponibile in qualunque stato della causa ed anche in appello, perchè non rinunziata, e di rinunzia nella specie non è a parlare. Che per le fatte considerazioni il ricorso va respinto con la condanna del ricorrente alle spese ed alla perdita del deposito.

Per questi motivi ecc.

CASSAZIONE DI NAPOLI — *18 novembre 1897*

CIAMPA *P. P.* — ANTONUCCI *Est.*

Cosimo (avv. Merlino) c.° Pezzuto (avv. Basso)

Cassazione—Ricorso notificato a più persone—Termine per il deposito (art. 526 proc. civ.)

Conciliatore — Eccezione d'incompetenza — Sentenza—Appello—Domanda in garentia—Termine per citare il garante (art. 449 proc. civ.)

a) *Quando si produce ricorso per cassazione contro più persone, il termine di 30 giorni per il deposito del medesimo decorre dal giorno in cui fu eseguita l'ultima notificazione.*

b) *La pronunzia del conciliatore, con cui vien respinta la eccezione d'incompetenza, non è un semplice provvedimento, ma una vera sentenza e quindi è appellabile·*

c) *Anche nei giudizii innanzi ai conciliatori deve accordarsi sempre la domanda in garanzia quando è stata legalmente richiesta, nè può il giudice negare il termine chiesto per citare il garante.*

La Corte ha ritenuto in fatto che con scrittura privata del 31 agosto 1893 Giuseppe Pezzuto dava in fitto a Gaetano Manca con la garentia solidale di Paolo Cosimo una casa di abitazione per la durata di due anni e per l'annua pigione di L. 68 pagabili ad anno scaduto.

Il locatore Pezzuto convenne innanzi al Conciliatore i suddetti Manca e Cosimo per essere soddisfatto della somma di L. 82,45, cioè L. 14 per resta di pigione scaduta ai 31 agosto 1894 e L. 68 scadute ai 31 agosto 1895. Innanzi al Conciliatore comparve il solo garante Cosimo, il quale eccepì la incompetenza del Conciliatore per ragione di valore, chiese poi un termine per mettere in causa il Manca e subordinatamente eccepì la sua irresponsabilità per avere il Pezzuto risoluta tacitamente la locazione fittando ad altri la casa. Il Conciliatore ritenne la sua competenza, ed accordò al Cosimo un termine per mettere in causa il fittuario diretto Manca.

Contro di questa sentenza produsse appello il Pezzuto deducendo che su la eccezione di incompetenza non fu provocata la pronunzia del Pretore, e che venne disposto la messa in causa, mentre questi si trovava già citato.

Il Pretore osservò che il Cosimo era garante solidale del Manca, e quindi tenuto in solido verso il locatore, che la causa principale promossa contro il Cosimo era in stato di decisione nel 28 dicembre quando fu da lui riconosciuta la privata scrittura, e quindi il Conciliatore non doveva ammetterlo a chiamare in causa il Manca non mai citato e sempre irreperibile.

E per queste ragioni accogliendo l'appello condannò il Cosimo al pagamento della somma richiesta.

Dal sig. Pezzuto con apposito controricorso si è eccepita la inammissibilità del prodotto ricorso, per non essere stato il medesimo depositato nei 30 giorni dalla sua notificazione.

Attesochè non regge la eccepita inammessibilità del ricorso, perchè se è vero che fu il ricorso depositato in Cancelleria oltre il termine di 30 giorni dalla notificazione che venne fatta al sig. Pezzuto, è però da notarsi che essendo stato un tal gravame notificato pure al sig. Manca, non trascorse il termine di 30 giorni da questa notificazione all'eseguito deposito, e per l'art. 526 c. p. c. quando le persone cui fu notificato il ricorso sieno più, il termine comincia a decorrere soltanto dal giorno in cui fu eseguita l'ultima notificazione.

Attesochè i due primi mezzi del ricorso non possono venire attesi, perchè a prescindere di non essere stata eccepita la inammessibilità dell'appello avverso il così detto provvedimento del Conciliatore, non è poi vero che trattavasi nella specie di un semplice provvedimento, ma fu invece una sentenza quella che fu resa nella specie dal Conciliatore, essendo stata elevata la eccezione d' incompetenza, che fu respinta con apposita pronunzia.

E quindi era senza dubbio appellabile una tale sentenza.

Attesochè in quanto alla detta eccezione d'incompetenza è indubitato che fu la medesima proposta dal Cosimo, il quale non produsse appello contro la sentenza del Conciliatore. Appellante contro la stessa fu il Pezzuto, che non si dolse al certo di essere stata rigettata la

eccezione anzidetta, ma per non essersi provveduto in proposito sulla sua istanza. Epperò non era il caso di risollevare la disputa intorno ad una eccezione, sulla quale per mancanza di gravame contro la sentenza che l'aveva respinta si era formato il giudicato.

Attesochè sono però fondati gli altri mezzi del ricorso, essendosi, malamente avvisato il Pretore di rivocare la sentenza del Conciliatore con la quale fu accordato un termine al Cosimo per mettere in causa il Manca. E per fermo un tal provvedimento era stato senza dubbio opportuno, avuto riguardo alla qualità giuridica del Cosimo, ed era poi indispensabile per la formale richiesta di quella messa in causa, che si era legalmente fatta dal convenuto Cosimo. Era questi infatti un fidejusiore solidale del Manca, che rappresentava il debitore, essendosi a lui concesso l'affitto con la garentia solidale del Cosimo. Ciò importava che la presenza in giudizio del debitore principale si rendeva necessaria per l'indole stesso della obbligazione contratta dal Cosimo, la quale non poteva disgiungersi da quella direttamente assunta dal Manca, ed il creditore Pezzuto vide il bisogno di citare entrambi nel giudizio da lui istituito.

Senonchè non furono riconosciuti validi gli atti all'uopo intimati, e quindi anche indipendentemente dalla domanda di mettersi in causa il Manca occorreva disporre che venisse il medesimo regolarmente citato, a ciò fosse la lite contestata con i legittimi contradditori.

Attesochè a prescindere da ciò quando il convenuto appena comparso in giudizio fece a chiedere un termine per mettere in causa il detto Manca, non poteva il Conciliatore negarsi ad accordare il termine richiesto. Non trattasi di una facoltà concessa al Giudice del merito, di cui possa far uso quando lo crede conveniente, ma è un obbligo impostogli dalla legge, essendo imperativa la disposizione per la quale se la domanda di mettere in causa un garante fu fatta sin dalla prima risposta deve il giudice accordare un termine per adempiervi. Nè l'art. 449 c. p. c. che riguarda i procedimenti, innanzi ai Conciliatori, è sostanzialmente diverso dall'art. 427 riflettenti i Pretori essendo il medesimo concepito in questi termini. « Chi vuol porre in causa il garante dee farlo nel termine per comparire, o in quello che il Conciliatore gli accordi, altrimenti l'istanza in garantia è separata dalla causa principale ». Il che chiaramente dimostra di essere sempre il medesimo principio che impera tanto per la chiamata in garentia innanzi ai Pretori che per quella davanti i Conciliatori, di doversi cioè domandare la messa in causa del garante nella prima comparsa, ma quando a ciò siesi adempito non possono nè il Pretore nè il Conciliatore negarsi di accordare un termine per la detta chiamata in garentia. Epperò dee per questa parte accogliersi il ricorso, ed annullarsi la impugnata sentenza.

Attesochè venendo accolto il ricorso deve ordinarsi la restituzione del deposito, e le spese possono rinviarsi al merito.

CORTE D'APPELLO DI NAPOLI (3ª Sez.) — *30 giugno 1897.*

CAPALDO *Pres.* — CERAVOLO *Est.*

Fallita Stingo c.° Milo

Fallimento—Anticresi — Presunzione di frode (art. 709 cod. com.)

a) *Con la dichiarazione di fallimento si risolvono le anticresi ancorché contratte in buona fede.*

b) *La presunzione di frode indicata nell'art. 709 cod. comm., è relativa ai contratti conchiusi fra la dichiarazione di fallimento e la data della cessazione dei pagamenti.*

Considerando che il Tribunale, nella prodotta sentenza 27 ottobre, non si occupó affatto dell' indole dei cinque contratti dal di 6 dicembre 1895 al 30 marzo 1896 interceduti fra Pasquale Stingo e Gabriele Milo, e denunziati, dal curatore della fallita del primo, per annullamento. Da ció é derivata la oscurità che attribuì alla domanda del curatore, e l'errore di diritto di ritenere in obbligo esso attore a provare la simulazione o la frode de' contratti medesimi.

Per lo che la Corte, rifacendo da capo la disamina del merito del contendere, non esita nel ritenere, che costituiscono vere anticresi i cinque contratti denunziati, non ostante l' averli i contraenti definiti mutui con assegnazioni — In ciascuno di tali contratti, gl'interessi vennero cumulati al capitale mutuato, e per la soddisfazione del debito si assegnarono le pigioni degl'immobili ivi descritti, con facoltà al Milo di sostituire altri inquilini laddove venissero a cessare i contratti di locazione allora in corso. Anzi si aggiunse, che la contribuzione fondiaria doveva essere pagata dal Milo, e che a lui gli inquilini dovevano consegnare le chiavi al termine della locazione.

Ora tali patti, e specialmente l' amministrazione ceduta al Milo per la percezione de' frutti in conto degl'interessi e del capitale, attagliano i contratti sopra indicaii alle disposizioni degli art. 1891 e seg. Cod. Civ.

E perchè l'anticresi non conferisce al creditore alcun diritto reale sull'immobile, nè sui frutti, (art. 1897 c. c.); perchè la dichiarazione di fallimento sorprende il patrimonio del fallito ad eguale beneficio dei suoi creditori, e sospende per essi la decorrenza degl'interessi, a meno che concorrano ragioni d'ipoteca, di pegno, o di privilegio; e perchè cotesti principii di diritto vietano tutti gli atti del fallito che tendono a creare una preferenza che non deve esistere; ne segue, che la anticresi, ancora che contratta in buona fede, si scioglie di diritto con la pronuncia del fallimento del debitore che l' ha costituita, e come si trova stabilito per le altre distrazioni enunciate nello articolo 707 cod. di comm.

Nullità assoluta cotesta, perchè deriva dalle regole fondamentali sulla composizione della massa, e sulla eguaglianza dei creditori, e che perciò ha poco di comune con la semplice presunzione di frode dal n. 4° art. 709 cod. di comm. annessa ai pegni, anticresi, ed ipoteche costitute dopo la data della cessazione dei pagamenti. Questa presunzione soltanto può essere distrutta dalla prova contraria, e non mai la prima indicata nullità.

Considerando che alla stregua degli esposti principii di diritto valutata la domanda del curatore del fallimento, e fatta distinzione de' due periodi di tempo già indicati, si trova, sparita la confusione che in quella si ravvisò dai primi giudici, e dimostrata la conseguenza in rapporto alla decisione della causa.

Imperciocchè i cinque contratti impugnati avvennero dopo la cessazione dei pagamenti, e prima della dichiarazione di fallimento e per la di loro validità in cotesto frattempo vuolsi che il Milo provi, come chiede in linea subordinata, i fatti allegati in dimostrazione della sua buona fede. Pel tratto posteriore non occorre alcuna dimostrazione affinchè, si dia al curatore l' amministrazione degl' immobili, e si reintegri alla massa il valore de' frutti da Milo percepiti.

Considerando che nei termini sopra espressi si deve riformare la sentenza 26 ottobre, e di conseguenza l'altra del successivo dicembre, in accoglienza degli appelli del curatore Caruso, e rigettare gli altri prodotti dalla parte contraria, e motivati su erronei principii di diritto, nonchè sull' equivoco che Pasquale Stingo non sia lo stesso che « Ditta Pasquale Stingo. »

Considerando che le spese giudiziali vanno opportunamente rinviate al merito, onde meglio proporzionarle alla succumbenza, e che, disponendosi mezzo istruttorio, può la causa rinviarsi al Tribunale.

Per tali motivi ecc.

CORTE D'APPELLO DI NAPOLI (2ª Sez.) — *22 novembre 1897*

SPERANDII *Pres.* — POLEMONDO-CHIAIA *Est.*

David c.° Venturini

Prescrizione—Giudicato—Causa commerciale (art. 2135 cod. civ., 917 cod. com.)

L'azione di giudicato si prescrive col decorso di trent'anni, quantunque la natura dell' azione, da cui ebbe origine la sentenza, sia commerciale, e quindi soggetta a prescrizione più breve (1).

---

(1) Nella specie si tratta di sentenza di condanna resa in virtù di cambiale.

Nello stesso senso si pronunziò la 1ª Sezione della nostra Corte di appello, relatore il cons. Lomonaco, con la sentenza del 23 dicembre 1896 (*Movim. Giuridico*

Osserva che con la sentenza di condanna per debito commerciale il titolo commerciale rimane consumato ed estinto; e all'azione *ex contractu* subentra di pieno diritto l'*actio judicati*. Il titolo commerciale fu efficace a promuovere l'azione commerciale in giudizio; ora con la contestazione della lite si stabilì fra le parti un nuovo rapporto, cioé il quasi contratto giudiziale, da cui nacque la reciproca obbligazione di eseguire quanto sarebbe stato giudicato. Alla prima azione dunque è opponibile la prescrizione ordinaria stabilita in materia commerciale (articolo 912 del Cod. di commercio); ma alla seconda non può opporsi che la prescrizione ordinaria civile (2135 Cod. Civ.), perchè l'azione per eseguire contro il debitore la sentenza che lo condanna a pagare, deriva dalla sentenza stessa, che non é atto commerciale, ma eminentemente civile come funzione del potere giudiziario.

Inoltre: l'art. 95 del Cod. Pen. assegna prescrizioni diverse per le condanne penali secondo la diversità delle pene inflitte; ma l'esecuzione della condanna al risarcimento dei danni inflitta con la medesima sentenza penale si prescrive forse nello stesso periodo, in cui si prescrive la condanna aflittiva? non mai. Non é esatto dunque il dire, che le sentenze comechè siano sempre e puramente dichiarative di diritti, non importano novazione; poichè se così fosse, si dovrebbe ammettere che l'azione civile del risarcimento di danni *ex debito*, la quale è pedissequa all'azione penale, non dovrebbe cambiare natura da questa, e si dovrebbe pur prescrivere, o nello stesso periodo della condanna penale, o anche pel periodo più breve dell'azione penale medesima, giusta l'art. 91 detto Codice.

Ciò non essendo nel sistema della nostra Legislazione penale, e prescrivendosi invece solamente fra trent' anni l' azione di risarcimento de' danni derivati dal reato ed attribuiti da una condanna penale divenuta irrevocabile, così parimenti, dopo la sentenza di condanna per debito commerciale, l'azione del creditore si prescrive nel termine ordinario di cui all'art. 917 del Cod. di Comm.

Ed infatti, l'art. 570 del Cod. Proc. Civ., disponendo che le controversie sull'esecuzione delle sentenze, sia in materia civile, sia in materia commerciale, sia anche nell'esecuzione di provvedimenti che condannano al pagamento di pene pecuniarie, sono di competenza civile, rende un carattere di evidenza al concetto giuridico che l'*actio judicati* sia meramente civile. E vuolsi riflettere davvantaggio, che lo stesso articolo nel terzo capoverso fa eccezione pel solo caso, in

---

VII. pag. 50 con nota). Questa sentenza poi è notevole perchè la tesi è sostenuta da un nuovo argomento desunto dagli art. 91 e 95 cod. pen.

Nello stesso senso si pronunziarono: Giorgi, *Obbligazioni* VIII, 207; Pugliese, *Prescriz. estint.* n.° 238; Ricci, *Dir. Civ.* V, n.° 3.; App. Venezia, 28 febbraio 1896 (*Giurispr. Ital.*, 1896, I, 2, 414); App. Genova, 22 giugno 1896 (*ivi*, 566); App. Catania 19 ottobre 1896 (*Giurispr. di Catania* 1896, 191).

cui mettendosi in esecuzione gli atti contrattuali spediti in forma esecutiva (ed anche la cambiale è titolo esecutivo), la controversia cada sull'esistenza, sull'entità, o sull'interpretazione di un'obbligazione commerciale; poichè in questo caso la competenza a provvedere è riservata alla giurisdizione commerciale con le norme speciali stabilite dalla legge. Se adunque fu assioma di tutt' i tempi, che *exceptio firmat regulam*, ne promana assolutamente la verità che la legge riconosca come atti di commercio i soli contratti, non già le sentenze, sebbene pronunziate in materia commerciale, attribuendo alla giurisdizione dei tribunali civili tutte le controversie sia di forma, che di merito, le quali possono insorgere nella esecuzione delle medesime.

Omissis.

CORTE D' APPELLO DI NAPOLI (4ª Sez.) — *24 novembre 1897.*

LESTINGI *Pres.* — DE ROGATIS *Est.*

Amendola (avv. Rocco - Curato (avv. Lopez)

Fallimento—Creditore unico—Non può dichiararsi (art. 683 c. com.)

Non può pronunziarsi dichiarazione di fallimento in mancanza di concorso di creditori, e quando invece ve ne sia uno solo (1).

La Corte à osservato, che avendo l' Amendola tolto in fitto un magazzino in Lucera per un suo pastificio giusta una sua lettera del 14 aprile 1895 ed una scrittura privata del 16 dello stesso mese, venne a domanda del locatore sig. Curato condannato a pagargli L. 350 di fitti, oltre gli accessori, con sentenza del Pretore del mandamento di Torre Annunziata del 16 maggio 1896 passata in giudicato. Su citazione indi notificatagli dal sig. Curato, per far dichiarare fallito esso Ammendola, il Tribunale civile di Napoli con una prima sentenza del 20 giugno 1897 ritenne commerciante l'Ammendola, e lo ritenne inadempiente alla detta obbligazione commerciale; ma pria di risolvere la quistione, se bastasse quest'unico inadempimento a far dichiarare fallito esso Ammendola, gli diè termine fino al 12 luglio 1897, per soddisfare al Curato quella obbligazione. Trascorso indarno il qual termine, il Tribunale con la sentenza del 18 agosto 1897 senza punto discutere la suindicata quistione, dichiarò il fallimento di Giovanni Amendola.

Che da entrambe tali sentenze si è questi appellato, citando in-

(1) In senso contrario: App. Napoli, (Sez. 1ª), 29 marzo 1897 (*Mov. Giur.* VII, pag. 113); App. Napoli (Sez. 2ª), 12 dicembre 1892 (*ivi* II, pag. 182, con nota).

nanzi a questa Corte non solo il sig. Curato, ma anche il curatore del fallimento a norma dell'art. 693 del cod. di comm. Indi tutte le parti ànno proposto alla Corte le rispettive conchiusioni trascritte in principio della presente sentenza.

Ciò premesso, la Corte à considerato, che l'appello dell'Ammendola deve accogliersi. E dapprima convien rilevare in fatto, che nel presente fallimento, tranne il sig. Curato, non si è presentato alcun creditore; onde non si è potuta costituire la commissione di sorveglianza sull'amministrazione del curatore; che per la stessa ragione non si è potuto avere neppure il parere dei creditori sulla scelta del curatore diffinitivo; e che si è chiusa la verificazione dei crediti con la presentazione del solo credito del Curato; di guisa che non è stato dato di contraddirlo ad alcun altro creditore, ma al solo curatore. Per codesti adempimenti adunque e per gli altri richiesti dagli articoli 719, 725, 726 e seguenti del cod. di comm. riesce evidente che non solo la lettera dei citati articoli, ma ancora il principio, che informa tutta la procedura del fallimento, presuppongono come condizione sostanziale il concorso di più creditori, senza del quale lo stesso ordinamento stabilito dalla legge non può attuarsi. Inoltre il giudizio di fallimento non è che una specie del giudizio universale di concorso; intorno al quale gli scrittori di Dritto, che precedettero il codice Napoleonico, erano concordi nell'insegnare, che un tal giudizio richiedesse come condizione essenziale l'esistenza di più creditori (*Salgado, Labyrinthus creditorum concurrentium, cap. 1°, n.° 41, Lugduni, 1665*). Ora qual miglior maniera vi à di interpetrare il dritto vigente che quella di tener presente lo stato del dritto anteriore? Nella specie poi che trattasi di un solo credito e di lieve somma, il diniego di un tal pagamento non pruova al certo quel disquilibrio commerciale, che costituisce la cessazione dei pagamenti. È quindi della più stretta giustizia rivocare le due sentenze appellate, e rigettare la domanda del signor Curato;

Che quantunque egli ed il curatore soccumbano, nondimeno possono costituire un giusto motivo per compensare le spese le circostanze speciali della presente causa, che ànno dato luogo a due diversi apprezzamenti presso i primi giudici e presso questa Corte. E per la stessa ragione il signor Curato non può esser condannato alla rivalsa dei danni verso il suo inadempiente debitore.

CORTE D'APPELLO D' NAPOLI — *29 novembre 1897.*

NUNZIANTE *P. P.* — CONTI *Est.*

Ricevitore di Registro c.° Lusi

Tasse—Successioni—Solve et repete—Quando è applicabile—Denuncia di successione—Coeredi—Solidarietà.

a) *In materia di pagamento di tasse non è applicabile il principio* solve et repete, *quando si tratta di supplemento di tassa e non di tassa principale.*

b) *La denuncia di successione, fatta da uno dei coeredi, fa stato per rapporto agli altri coeredi.*

c) *Il componimento amichevole, accettato da uno dei coeredi per la liquidazione della tassa di successione, è efficace anche rispetto agli altri coeredi.*

Attesochè nel 6 agosto 1893 fu denunciata da Domenico Lusi la successione di Saverio Lusi; fu liquidata la tassa in base del valore denunziato di lire 3900; ma, in base di nuovi documenti, pei quali il valore degl' immobili avrebbe dovuto accrescersi di lire 13,200, fu dall' Ufficio di Registro provocato il procedimento di stima nei termini di legge.

Fu proceduto alla nomina del perito, previa notificazione a tutti gl' interessati, meno Domenico Lusi non domiciliato in Greci. Ma uno dei coeredi il Nicola Lusi con domanda da lui sottoscritta ed anche a nome degli altri coeredi per evitare spese propose l'aumento di lire 5600, portando così il valore della eredità da lire 3900 a lire 9500. Questa proposta fu approvata, e la tassa di lire 154,40 si rese esigibile. A questa somma furono aggiunte le spese del procedimento di stima, e lire 18,90 per dritto di bollo, e fu notificata ingiunzione per la complessiva cifra di lire 209,20 a tutti i coeredi meno Giuseppe, Domenico e Luisetta Lusi.

Al seguito di ciò il Ricevitore venne a verificare di essersi omesso nella denunzia due cespiti, la Difesa Bavi del valore di lire 300, ed il capitale ed accorsatura della farmacia del valore di lire 700, e fu fatta altra ingiunzione nel 18 dicembre 1895, richiedendosi il pagamento di lire 52,00 compresa la tassa e sopratassa.

Contro le dette due ingiunzioni si opposero i soli coeredi Domenico, Giuseppe, Filomena, Clementina e Virginia Lusi, e convennero l'Amministrazione del Demanio e Tasse innanzi al Tribunale di

Ariano di Puglia per sentir dichiarare nulle le ingiunzioni in rito a fronte degli opponenti Giuseppe e Domenico, perchè gli atti del procedimento di stima non furono loro legalmente notificati, ed a fronte degli altri opponenti nel merito sentir annullare le ingiunzioni stesse perchè non dovuto l'aumento nè accettato, nè esistente le omissioni. L'Amministrazione del Demanio oppose l'eccezione di *solve et repete*, nel merito chiese il rigetto dell'opposizione.

Il Tribunale con sentenza degli 11-19 giugno 1896, accolse l'opposizione e condannò l'Amministrazione alle spese. Avverso questa sentenza l'Amministrazione del Demanio ha prodotto appello.

Attesochè la Finanza riproduce la citazione di inammissibilità della opposizione, perchè non preceduta dal pagamento della tassa, per la quale furono spedite le ingiunzioni. Ma è oramai pacifica la giurisprudenza nel ritenere che non sia applicabile il *solve et repete* quando trattisi di supplemento di tassa, e non di tassa principale.

Nella specie la 2ª ingiunzione fu relativa a tassa principale, perchè si riferì a cespiti omessi, ma la prima fu relativa a supplemento, perchè si trattò di variare i criterii di tassabilità di cespiti già rivelati, e pei quali fu percepita la tassa principale. L'opposizione adunque è ammissibile per quanto riferiscesi alla prima ingiunzione, non lo è per quanto riferiscesi alla 2ª.

Attesochè prescrive l'art. 79 della L. 13 settembre 1874, che l'obbligazione della denunzia dei trasferimenti in causa di morte sia solidale pei coeredi, e la denunzia debba estendersi allo intero asse ereditario.

Or se solidale è l'obbligo della denunzia, dal che discende che la denunzia fatta da uno dei coeredi faccia stato per rapporto agli altri, solidale è altresì il procedimento di stima, che tende a far rettificare la denunzia già avvenuta. Epperò tutti gli atti che sono compiuti in contraddizione di uno dei coeredi sono efficaci per rapporto a tutti gli altri coobbligati solidali. Se ciò non fosse ciascuno dei coeredi non sarebbe tenuto solidalmente per la totalità della tassa, ma solo per quella corrispondente all'arbitrario valore attribuito con la denunzia agl'immobili ereditarii, e pel maggior valore risultante dalla stima non potrebbero essere tenuti gli eredi che in ragione delle rispettive quote, il che è esplicitamente contradetto dalla disposizione dell'art. 86 della mentovata legge.

Attesochè nella specie se la denunzia fu eseguita da Domenico Lusi, se il procedimento di stima fu iniziato in contraddizione degli altri coeredi, ed uno di costoro cioè Nicola Lusi propose un componimento che fu accettato, essendo il componimento operativo per rapporto a Nicola Lusi, non potendosi ammettere che la tassa nel suo ammontare altra sia per Nicola, altra sia per gli altri coeredi, consegue che la liquidazione eseguita in contraddizione di Nicola

Lusi sia efficace anche per rapporto agli altri coeredi. Altronde il procedimento di stima fu iniziato in contraddizione degli opponenti, e se costoro furono negligenti, non può la loro negligenza nuocere all'amministrazione finanziaria, non possono essi dolersi dell' abbandono del procedimento di stima che fu consegnenza del componimento proposto da uno dei coobbligati solidali.

Attesochè avendo l'impugnata sentenza disconosciuto siffatti principii deve essere riformata respingendosi la prodotta opposizione ed autorizzandosi gli atti di esecuzione.

Attesochè gli appellati succumbono art. 370 cod. proc. civ.

Per questi motivi la Corte ecc.

CORTE DI APPELLO DI NAPOLI (SEZ. 2ª) — *24 novembre 1897*

SPERANDII *Pres.* — BRUNO *Est.*

Cece c. Lombardi

Appello — Giudizio di graduazione
Citazione al procuratore — Nullità (art. 725 proc. civ.)

Nei giudizi di graduazione è nullo l'appello proposto con citazione al procuratore, anzichè alla parte.

Nel giudizio di graduazione sul prezzo dei beni espropriati ad istanza del Ricevitore del Registro di Avellino in danno di Cocchia Roberto, Achille e Concetta, quali eredi di Pietro Cocchia, il giudice delegato ritenne, che aveano dritto alla surroga ipotecaria ad ai sensi dell'art. 2011 c. c. nella ipoteca di Catello Erra i signori coniugi Teresa Cece e Saverio Urcinali, Maria de Conciliis vedova di Ercole Pianati e le figlie Carolina e Adele Pianati. E poichè il Tribunale con la sentenza di omologazione del 16 febbraio 1897 ebbe ad adottare la medesima opinione, combattuta dagli altri creditori Pietro Lombardi, Francesco Fabiani, Generoso Liccardi e Goffredo Iansiti, costoro, con atto del 3 aprile successivo, ne appellarono alla Corte, associandosi ad essa il nominato Erra, perchè non si era fatto luogo alla collocazione di un residuo suo credito di lire 66. Se non che, avendo essi appellanti notificato il loro gravame ai procuratori dei detti de Conciliis, Pionati e coniugi Cece-Urcinali e citato i medesimi procuratori a comparire avanti la Corte per sentir far dritto all'appello interposto, dietro la integrazione del giudizio ad istanza degli stessi coniugi, costoro unitamente alla Concetta Cocchia hanno

dedotta la nullità del gravame medesimo, per erronea e nulla citazione.

Degli appellanti può dirsi che il solo Erra sia comparso e questi dice che la dedotta nullità non regge, che se anche avesse qualche fondamento sarebbe rimasta sanata colla comparizione degli appellanti coniugi, e che in ogni caso la citazione dei loro procuratori conservi la sua efficacia, salvo a ripetersi l'appello nel termine da stabilirsi: per gli altri appellanti il procuratore non ha esibito il mandato.

Considerato che la dedotta nullità dell'appello dei signori Iansiti e consorti è fondata nei principii generali del dritto giudiziario.

Difatti come l'azione, funzione del diritto, non si esercita che da colui che ne è o se ne crede possessore contro la persona che quegli afferma di aver violato il dritto stesso; così la citazione che costituisce la forma esteriore dell'azione, non può non soggiacere alla stessa regola fondamentale (art. 35, 36, 37, 133 n. 3° p. c.); e poichè l'appello non è che il mezzo con cui la parte, che subì una sentenza che crede pregiudizievole ai suoi legittimi interessi, rinnova la lotta avanti il magistrato superiore, onde veder fatta ragione all'azione o all'eccezione proposta, ne conseguita che parte essenziale dell'appello medesimo sia la citazione, e che questa non possa esser fatta che dall'una parte all'altra (art. 486 p. c.). In armonia dei quali principii il procuratore, per mezzo del quale la parte, deve comparire in giudizio avanti i magistrati collegiali, deve da questa averne il mandato, che svolge nella istruzione della causa e nel portare a cognizione della parte contraria, pel tramite del di lei procuratore e del giudicante, la domanda o l'eccezione del proprio cliente e i mezzi legittimi che la sorreggono: il mandato può cessare per morte e cangiamento di stato del mandante, come del pari cessa colla definizione del giudizio, cioè colla sentenza definitiva del magistrato, presso il quale il procuratore esercita il suo ufficio, conservando la sua residenza nel luogo stesso, dove lo esercita (L. 8 giugno 1874). Che senza sconoscersi questi principii indarno si dice in contrario: che la citazione contenuta nell'appello e la notificazione di esso formano un tutto uno; che nel modo onde è concepito l'art. 725, la citazione a comparire è un compimento della proposizione colla quale si dice che l'atto di appello deve notificasi ai procuratori delle parti; che il detto articolo e l'altro 705 sono informati al medesimo spirito dell'art. 656; che nel fine della speditezza dei giudizi di esecuzione il legislatore volle che la citazione della parte si facesse nella persona del suo procuratore. Per fermo altro è la citazione ed altro la notificazione: quella fa parte integrante dell'appello che si produce ad istanza della parte; questo è l'atto proprio dell'usciere, con cui si constata l'adempimento del mandato; e tale distinzione, che sorge dalla natura delle cose, la si trova scolpita negli art. 135 e 145 p. c.

Nè tali cose sono confuse nell'art. 725; imperocchè, se in esso è detto che l'appello va notificato ai procuratori delle parti, non si dice che anche la citazione deve ad essi farsi; che anzi si dice il contrario, e per convincersi basta por mente a tutto il dettato dell'articolo. In esso è detto: l'atto di appello deve notificarsi ai procuratori delle parti, le cui collocazioni ecc., con citazione a comparire ecc., ora non si comprende perchè, queste ultime parole debbono riferirsi alle prime che sono più lontane e non alle seconde che sono le più vicine, ai procuratori cioè e non alle parti: esse non costituiscono una proposizione incidentale rispetto al altra principale, ma tutto il capoverso dell'art. 725 può ben distinguersi in due parti, ed allora si fa chiaro come la citazione a comparire si trovi annessa con ciò che si dice delle parti, non con quel che si dice dei procuratori.

Ed è poi vero che gli art. 703, 725 e 656 p. c. sono informati al medesimo spirito, ma ciò sta contro l'opinione che dalla Corte si reputa erronea; imperocchè nel detto art. 656, dopo di essersi dichiarato che l'appello deve proporsi con citazione delle parti, si soggiunge che, per le sentenze rese dai tribunali, l'appello si notifica ai procuratori, notifica la quale, come si disse, è cosa ben distinta dalla citazione, e ciò vuol dire che questa deve farsi alla parte, perchè la legge tacitamente si riporta alla regola generale.

In fine va osservato, in ordine all'ultimo cennato obbietto, che per la speditezza dei giudizii di esecuzione la legge abbreviò i termini per l'appello e volle che questo si notificasse ai procuratori, non per tanto può ritenersi che abbia voluto che fossero anche i procuratori citati.

Ciò avrebbe dovuto il legislatore espressamente dichiarare, costituendo una grande deviazione dai principii generali, e tantoppiù grave in quantochè importava una proroga del mandato dei procuratori per volere della legge stessa, mentre quanto al mandato impera la volontà della parte. Nè vale opporre l'art. 721; imperocchè se in questo è detto che la citazione è fatta alle parti in persona dei loro procuratori, in tale disposizione non si riscontra quella proroga di mandato, che si verificherebbe se il procuratore, che rappresentò il suo cliente avanti il Tribunale, potesse rappresentarlo avanti la Corte di appello: oltre di che deve al proposito applicarsi il brocardico, *ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit.*

Che la difesa dell'appellato Erra, convinto del suo torto alla stregua dei principii e degli stessi art. 356, 703, 725, 721 p. c., si fa a dire: che in fine dei conti una citazione vi fu; che non possa ritenersi incerta la persona dell'appellato, che si volle comparisse in giudizio: che la sua comparizione avrebbe sanata ogni nullità; che in fine la citazione, quantunque mal diretta, conservi la sua efficacia e può ripetersi nel termine da assegnarsi dalla Corte. Tutti questi obbietti però tampoco suffragano. Difatti è inutile venire accampando

la quistione sulla certezza o incertezza della persona del citato quando esplicitamente la citazione fu fatta al procuratore, non alla parte; imperocchè in tale caso vi è assoluta omissione della citazione di quello, cui dovea farsi, e l'appello è nullo, come è nullo ogni atto, cui fa difetto uno degli elementi essenziali (art. 56). Molto meno regge il riflesso della comparizione di alcuni degli appellati, perchè l'articolo 190, pur sanzionando che la comparizione della parte chiamata in giudizio sana la nullità della citazione, soggiunge: senza pregiudizio dei dritti quesiti; e nella specie gli appellanti hanno acquistato dritto alla sentenza appellata, che per essi passò in giudicato, e per far valere tale diritto comparvero come doveano. Infine non è a parlarsi di efficacia della citazione, sia per il principio, *quod nullum est, nullum parit effectum*, sia perchè l'art. 145 p. c. parla di nullità di notificazione, non di nullità di citazione, e questa è cosa ben distinta da quella, come fu notato di sopra.

Che, dichiarandosi nullo l'appello in parola, non è il caso discorrere del merito di esso.

Che le spese seguono la soccumbenza (art. 370 p. c.).

PARTE TERZA-BIBLIOGRAFIE

Avv. Luigi Cardona fu Federico — *L'ubbriachezza nelle Leggi Penali.*

Veramente è un tema da molti trattato e perciò solo sarebbe degno di lode l'A. chè il sapersi da altri preceduto rare volte conforta. Ma il lavoro è pregevole come quello che, ad una forma abbastanza corretta, accoppia acume di serio esame non viziato da oziosa e mal digesta erudizione.

Discute il Cardona anzitutto dell'ubbriachezza in rapporto alla penalità nelle legislazioni romana canonica e napoletana. Discute delle divisioni tentate o proposte dai giuristi antichi e moderni relativamente ai gradi dell'ebbrezza; e si ferma a disaminare la ubbriachezza premeditata incompleta e completa in quanto alla responsabilità dell'agente; passa poi a ragionare dell'ubbriachezza accidentale ed in ultimo viene a parlare della punibilità dell'ubbriachezza con breve ricordo delle sanzioni penali promulgate sul riguardo dalle legislazioni preesistite confutando coloro che non vorrebbero ammessa alcuna pena in proposito.

La monografia, quantunque scritta per l'occasione della laurea in giureprudenza, si appalesa frutto di maturi studi; accade soltanto notare siccome manchevole l'esame sulle disposizioni della vigente legislazione del regno nonchè l'assoluta assenza della parte bibliografica, sebbene non possa negarsi che qua e la sono riportate ed opportunamente le opinioni dei maggiori penalisti e talvolta confutate.

Errico Barone

Giovanni Saragat *(Toga-Rosa)* — *La Commedia della Giustizia nell'ora presente e Ricchi e Poveri* — Torino, Roux Frascati e C. L. 2,00.

È un elegante volumetto, in cui l'A., da acuto osservatore e da fino umorista, fa un confronto fra la giustizia per i ricchi e quella per i poveri, per i quali, egli dice, non v'è giustizia....

Si divide in tre parti: La prima *Giustizia per i ricchi* (Commedia), comprende: La messa in scena—Il primo attore — Seconde parti — La commedia bancaria — Il pubblico.

La seconda: *Giustizia per i poveri* (Dramma), comprende: La legge è uguale per tutti — Giustizia penale; In istruttoria; In tribunale; In appello; In pretura; In cassazione; Giustizia civile; I figli del povero.

La terza parte: *Giustizia per burla* — Rendiconto giudiziario quasi dal vero (Farsa), comprende: Contro l'*Orbo Scozzonese* (Tribunale penale di Scozzona).

È un libro questo che si legge con piacere ed è scritto con molto brio e purezza di lingua.

Filippo Serafini — *Istituzioni di diritto Romano comparato al diritto civile patrio* - Vol. II, Firenze, Fratelli Cammelli, 1897.

La solerte casa editrice *Fratelli Cammelli* ha pubblicato il 2° volume delle *Istituzioni di diritto romano* del compianto Prof. Serafini.

Dei meriti di questa pubblicazione abbiamo già parlato quando leggemmo il 1° volume (*Mov. Giur.* VII, pag. 357). Questo volume tratta *Delle Obbligazioni — Diritto di famiglia e Diritto di eredità.* Tutta l'opera costa L. 12.

Avv. Agostino del Vecchio — *Autorizzazione maritale* — Napoli, Tipografia dell'Ancora 1897.

È una pregevole monografia, estratta dalla Gazzetta del Procuratore, in cui l'A. studia di questo istituto esaminando tutte le quistioni con l'aiuto della dottrina e della giurisprudenza.

Avv. F. Santoro Faiella — *Il prezzo del dolore.*

È una breve monografia, estratta dalla Gazzetta Giuridica di Salerno, di cui l'A. insieme all'avv. Jannicelli è Direttore.

L'A. combatte la risarcibilità del danno morale, e ciò contrariamente alla più autorevole dottrina e giurisprudenza.

PARTE PRIMA - DOTTRINA

Quando può esercitarsi l' azione di emulazione

È noto che i pareri sono diversi circa l'ammissibilità dell'azione di emulazione, e la quistione non è nuova: nel medio evo se ne disputò lungamente, e la disputa pende tuttavia.

In diritto appellasi *azione di emulazione* un'azione speciale, che tende a reprimere quegli usi della proprietà, i quali, senza apportare alcun utile al proprietario, siano da lui fatti con il solo scopo di nuocere al vicino; e la quistione è, se tale repressione sia o no ammessa dalle nostre leggi.

Alcuni riconoscono che gli atti, i quali si dicono compiuti ad emulazione, siano riprovevoli; ma osservano che, se tali atti possono trovare la loro sanzione nel foro della coscienza e rispetto alla morale, non sono però proibiti dal diritto civile. Cominciano essi dal diritto romano e citano un testo che proibiva l' emulazione rispetto all' interesse pubblico della Città (1), e ne inferiscono che, se in diritto romano l' azione di emulazione si poteva ammettere nell'interesse pubblico, non si ammetteva del pari nell'interesse privato, per il quale era indiscussa la massima che *nullus videtur dolo facere qui jure suo utitur*.

Però nel Digesto trovasi anche un'altro testo, il quale ci manifesta la proibizione dell' emulazione anche nell' interesse privato: « Denique Mercellus scribit, cum eo, qui in suo fodiens, « vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo actionem. Et « sane non debet habere, *si non animo vicino nocendi, sed suum* « *agrum meliorem faciendi id fecit* » (2). È Ulpiano che parla, e fa un'aggiunta a ciò che aveva scritto Marcello, e da quest'aggiunta risulta evidente che la massima, *nullus videtur dolo facere, qui jure suo utitur*, non deve prendersi in un senso assoluto, perchè essa non è applicabile nel caso dell' emulazione, e cioè in quel caso, in cui alcuno, *sine sua utilitate, animo vicino nocendi usus est.*

Onde, se la quistione dovesse risolversi con i testi del diritto romano, la bilancia dovrebbe pendere a favore di quelli che sostengono l'ammissibilità dell'azione di emulazione piuttosto che in contrario.

Ma io mi propongo di prescindere dai testi speciali e dall'autorità dei singoli scrittori, e ricorro ai principii.

È principio universale, riconosciuto da tutto il mondo giuridico, che nessuno può far danno ad altri.

---

(1) Leg. 3 D. *De operibus publicis* (50-10).

(2) Leg. 1 § 12, D. *de aqua et aquae pluviae arcendae* (39-3).

Bisogna vedere, se questo principio sia applicabile anche in materia di proprietà.

La proprietà è un istituto di diritto sociale, e nell'interesse stesso della civile società si è fatto riguardo agli usi, che il proprietario della cosa sua può fare, una certa deroga al principio che nessuno può far danno ad altri, e si è detto che vi sono alcuni danni che i vicini debbono pazientemente sopportare. E poi, per distinguere i danni che si debbono tollerare da quelli che non si debbono soffrire, si è preso come criterio di distinzione il fatto della immissione (*immissio*), e si è detto che sono proibiti solo quegli usi, mercè i quali s'immette qualche cosa nel fondo altrui, e tutti gli altri sono permessi: *In suo alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat* (1).

Il nostro Codice Civile, trattando delle servitú legali, proibisce in certi limiti anche alcuni usi, che non danno luogo ad immissione; ma ciò è eccezione, e non giova parlarne.

Invece il punto sta nel vedere, se alla dottrina, che dichiara proibiti i soli fatti d'immissione, si possa fare in linea generale qualche eccezione diversa da quelle stabilite dal codice civile in casi speciali.

Chi ammette l'azione di emulazione risponde di sì, e chi non l'ammette risponde di no; ed io, che sono fra coloro che l'ammettono, giustifico la mia opinione nel modo che segue.

Il principio più largo é, che nessuno può far danno ad altri, e questo principio forma la regola. In materia di proprietà si deroga a tale regola nell'interesse dell'istessa coesistenza sociale per dare agio ai proprietarii di poter trarre dalle cose loro tutte le utilità possibili: sicchè, qualora l' utilità non vi sia, bisogna ritornare alla regola. Ed ecco giustificata l'azione di emulazione.

Si risponde che, se è così per la morale e per il diritto razionale, non è così per il nostro diritto positivo, giacchè l'art. 436 del Codice civile dichiara che la proprietà è un diritto assoluto.

Però nel Codice civile non vi è solo l'art. 436, che dichiara l'assolutismo della proprietà, ma evvi anche l'art. 1151, il quale considera come delitto ogni fatto dell' uomo, che arreca danno ad altri, e si esprime con queste parole: « Qualunque fatto del« l'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per *colpa* (2) « del quale è avvenuto a risarcire il danno. »

Or questi due articoli, che proclamano due principii diversi, debbono conciliarsi fra loro, e per conciliarli non vi è altra via che quella di ritenere che l' uso della proprietà é assoluto sino a che non si arrechi danno al terzo.

(1) Leg. 8 § 5 D. *Si servitus vindicetur* (8-5).

(2) E qui la parola *colpa* non è adoperata nel senso specifico di *imprudenza o negligenza*, ma nel senso più ampio di *cagione* o *causa*, e quindi si riferisce anche ai fatti volontarii e dolosi, a quello stesso modo che l' aggettivo *colpevole*, adoperato spesso nel Codice di Proc. Penale, è comunemente riferito, così ai fatti colposi propriamente detti, come ai fatti dolosi. E prova di quest' ampio significato della parola *colpa* è poi specialmente il fatto, che l'art. 1151 è posto sotto una rubrica che tratta dei delitti e quasi delitti, e in materia civile non vi è delitto senza dolo.

È vero che per comune ed antica dottrina si ammette che, trattandosi dell'uso della proprietà, qualche danno si deve sopportare dai vicini; ma questa dottrina, che è regola di fronte alle proprietà ed è eccezione rispetto al principio più generale di non potersi far danno ad altri, in tanto si ammette, in quanto giova a non ostacolare la produzione delle utilità delle cose, ed ha perciò i suoi limiti nell'utilità medesima: se l'utilità manchi, l'eccezione al principio generale di non potersi far danno ad altri non ha più ragione di essere, e l'art. 1151, che questo principio proclama, spiega tutto il suo vigore.

Ed ecco perchè l'azione di emulazione si ammise dai Giureconsulti Romani, mentre nel loro diritto l'assolutismo della proprietà era anche più rigoroso di quello che lo è per i codici moderni.

Per sostenere il contrario si citano altri testi, dove si legge che si poteva alzare la propria casa anche che con l'alzamento si fosse oscurata quella del vicino (1). Ma questi testi non sono a proposito.

Quando si ricorre all'azione di emulazione si ammette che il proprietario, contro del quale si agisce, aveva per regola il diritto a fare quello che ha fatto; ma si dice che per eccezione non poteva farlo, perchè non gli era lecito di sodisfare il suo desiderio di nuocere al vicino ricorrendo alla malizia di coprire il suo delitto con l'uso apparente della proprietà per rimanerne impune. Or i testi citati dagli avversarii suppongono il caso che si sia alzata la casa per fare l'utile proprio, e non per il solo desiderio di nuocere altrui, e quindi con l'azione di emulazione non hanno che fare.

Non si creda però che lo esperimento dell'azione di emulazione sia cosa facile.

Per ammettere tale azione si richiedono due estremi: la mancanza di utilità, e l'*animus nocendi*. Conseguentemente nei singoli casi non basta che un'opera riesca inutile per chi la compie, o che la spesa per compierla sia maggiore dell'utile che se ne ritrae; ma occorre dippiù dimostrare che vi sia stata la mala fede, e cioè l'intenzione di nuocere altrui: e viceversa, non è sufficiente dimostrare che vi sia stato l'*animus nocendi*, ma si richiede inoltre la mancanza di utilità, perchè, se un utile apprezzabile vi sia, deve ritenersi che l'*animus nocendi* sia stato l'occasione e non la causa a fare l'opera, una volta che la causa esiste nell'utilità che dall'opera deriva.

Quanto alla prova di questi due estremi poi, se è facile a farsi quella relativa alla mancanza di utilità, perchè può esser sempre una prova diretta, per contrario è molto difficile quella dell'*animus nocendi*, perchè per quest'altro estremo la prova è sempre indiziaria, e la prova indiziaria non ha valore se gl'indizii non sieno gravi, precisi e concordanti. Nè può dirsi che,

(1) Leg. 26 D. *De damno infecto* (39-2); Leg. 9 D. *De servit. praed. urb.* (8-2); Leg. 8 Cod. *De servit.* (3-34).

provata la mancanza di utilità, resta provato il dolo, giacchè qui non siamo in materia penale o in altra materia anche civile, in cui, avvenuto il fatto antigiuridico, il dolo o almeno la colpa si presume, e spetta all'incolpato di dimostrare il contrario: qui siamo invece in una materia in cui si contende appunto se il fatto sia antigiuridico, ed è antigiuridico solo quando concorrano i due estremi della mancanza di utilità e del dolo; sicchè, provato uno di questi estremi, quale è quello della mancanza dell' utilità, resta sempre a provare l' altro, il dolo, su cui può fondarsi l'azione di emulazione ai sensi dell'art. 1151 cod. civile.

E questo ho voluto chiarire, acciocchè dal fatto di potersi ammettere secondo le nostre leggi l' azione di emulazione, non si creda che siasi trovato il modo di poter facilmente ostacolare i proprietarii nell'esercizio dei loro diritti.

Nicola Germano

PARTE SECONDA - GIURISPRUDENZA

Corte di Cassazione di Napoli — *16 novembre 1897*

Ciampa *P. P.* — Toraldo *Est.*

Princi (avv. G. Ricciulli) c.° Galletti (avv. F. Russo)

Pruova testimoniale — Fatti puri e semplici — Principio di prova per iscritto (art. 1341 e 1347 cod. civ.).

a) *I fatti puri e semplici, per cui si può ammettere la prova testimoniale contro il divieto dell'art. 1341 cod. civ., sono quelli che non creano, nè distruggono alcun vincolo giuridico.*

b) *Il principio di prova per iscritto, che rende ammissibile la pruova testimoniale di una convenzione eccedente le lire 500, deve contenere due condizioni, cioè, che lo scritto provenga da colui contro il quale si propone la domanda e che nello stesso tempo il fatto alligato sia verosimile.*

Attesochè col suo ricorso Pietro Princi investe la sentenza della Corte di Appello di Catanzaro, ch'ebbe a confermare quella del Tribunale, con la quale venne egli condannato a pagare in pro di Antonio Galletti la somma di lire 4281, 55 mutuata con privata scrittura del dì 11 luglio 1889 ed investe la ricordata sentenza sostenendo che erroneamente era stata dichiarata inammissibile la pruova testimoniale dei fatti da lui articolati per dimostrare la nullità della detta scrittura di mutuo. La pruova in parola, a dire del ricorrente, avrebbesi dovuto disporre sia perchè i fatti che con essa si volevano giustificare erano fatti semplici e non giuridici pei quali ultimi soltanto

corre il divieto della legge; sia perchè ricorreva nella specie un principio di pruova per iscritto, sia perchè l'invocata pruova era resa ammissibile dalla impossibilità in cui il ricorrente erasi trovato di procurarsi la pruova per iscritto dei fatti articolati e sia perchè la prova stessa era stata già ammessa da un precedente giudicato costituitosi fra le parti.

Attesochè nessuno di coteste deduzioni merita il plauso della giustizia.

Non la prima poichè i fatti puri e semplici pei quali non corre il divieto di cui all'art. 1341 C. C. sono fatti puramente materiali che non creano o distruggono alcun vincolo giuridico, come avrebbe voluto fare il ricorrente, giudificando i fatti da lui articolati per dedurne la nullità della scrittura di mutuo e quindi l'insussistenza del vincolo giuridico da esse risultante.

Non la seconda, essendo risaputo che il principio di pruova per iscritto, il quale rende ammissibile la pruova testimoniale di una convenzione sopra un oggetto il cui valore eccede le lire 500 e ciò come eccezione alla regola contenuta nel ricordato art. 1341, è quello che risulta da qualunque scritto proveniente da colui contro il quale si propone la domanda e che renda verosimile il fatto alligato. Cotesto scritto il ricorrente vuol desumerlo dall'istrumento degli 11 luglio 1888, pari alla data della scrittura di mutuo, istrumento col quale Galletti ebbe a dichiarare di aver ricevuto dal ricorrente e dal figlio la somma di lire 8281, 55 mutuata al ricorrente medesimo con privata scrittura del 1° maggio 1882.

Ora se non può negarsi che l'istrumento di quietanza di cui testè fu cenno perchè firmato da Galletti si debba ritenere da lui proveniente, non può dirsi lo stesso quanto all'altro estremo che deve concorrere perchè abbiasi il principio di prova per iscritto, vale a dire alla verosomiglianza del fatto alligato. Tra la quietanza delle lire 8281, 55 ed il mutuo delle lire 4281, 50 risultante dalla scrittura di pari data, evvi tale differenza che rende impossibile ritenere che l'un fatto rende verosimile l'altro, e cioè, che la quietanza offra elementi per far credere alla nullità del mutuo.

Non reggono infine la terza e la quarta deduzione, vuoi perchè nessun giudicato si è formato fra le parti all'ammissibilità della prova, e vuoi perchè nella specie non ricorse alcuno dei tre casi enumerati nell'art. 1348 per rendere ammissibile la prova testimoniale, a causa dell'impossibilità di procurarsi la prova per iscritto.

Attesochè non regge il dedotto difetto di motivazione, avendo la sentenza ampiamente discusse le deduzioni delle parti.

Attesochè per queste considerazioni il ricorso non regge e va quindi rigettato con la condanna del ricorrente alle spese ed alla perdita del deposito.

Per questi motivi ecc.

CORTE DI CASSAZIONE DI NAPOLI — *16 novembre 1897*

CIAMPA *PP.* — SALVATI *Est.*

Caruso (avv. N. Sorgente) c.° Parrelli (avv. G. Foschini)

Cosa giudicata — Sentenze che dispongono un mezzo istruttorio (art. 1352 cod. civ.).

Anche le sentenze preparatorie e interlocutorie, passate in giudicato, che ordinano un mezzo istruttorio, ligano il magistrato; e solo puo ritornarsi sul mezzo istruttorio disposto, quando si alligassero nuove pruove, nuovi documenti.

Il parroco Giuseppe Caruso citò Francesco Perrelli innazi al Conciliatore di Cimiria e chiese il pagamento di Lire 61,69 per diversi censi e canoni. Il convenuto eccepì non essere da lui dovuto il canone di L. 4,65 sul fondo Praca da lui non posseduto, e stante che il Parroco se lo era fatto pagare sino al 1893 chiese in riconvenvenzione la condanna di L. 100 per canoni indebitamente pagati. Il Conciliatore si dichiarò incompetente, il Pretore in appello ne dichiarò la competenza. In rinvio il Conciliatore osservò che dal Pretore si era dichiarato la sua competenza sulla domanda, non sulla riconvenzionale, accolse la domanda del Parroco Caruso. Il Pretore accolse lo appello Parrelli avverso questa sentenza e lo ammise a provare sulla sua riconvenzionale di aver pagato al Parroco il censo in parola e di non aver mai posseduto il fondo Praca.

Espletata la pruova si ritornò al Conciliatore ed il Parroco esibì una sentenza del Tribunale di Reggio del 1856 ed una scrittura privata dalla quale risultava che Domenicantonio Perrelli, avo del convenuto, sarebbe stato obbligato al pagamento di questo censo. Ma il Parrelli produsse copia legale della sua rinunzia all'eredità del padre, pel tramite del quale avrebbe potuto a lui venire l'obbligo dell' avo Domenicantonio al pagamento del censo; questa rinunzia fu impugnata dal Parroco per avere il Perrelli fatto atto di erede come risultasse *ex re ipsa* degli atti del giudizio.

Il Conciliatore ritenne provato dal Parrelli gli estremi di che era quistione, ritenendo efficace la rinunzia alla eredità del padre e lo dichiarò non obbligato al pagamento del canone; in base dell'art. 1146 dichiarò ben pagata la somma degli anni passati e rigettò la domanda Parrelli. Appellò il Parrelli in principale per violazione dell'art. 1146 ed il Parroco appellò per incidente dal capo delle spese, e per la pruova nascente *ex re ipsa* di avere Perrelli fatto atti di erede, subordinatamente chiese essere ammesso a farne la pruova.

Il Pretore osservò che con la sua precedente sentenza sulla riconvenzionale si era disposta la pruova che non si possedeva il

fondo e si era pagato il canone, essendosi ciò provato, come pur ritiene il Conciliatore, non poteva la pomanda del Perrelli essere respinta.

I titoli esibiti dal Caruso in ripruova avrebbero potuto distruggere la pruova, qualora il Parrelli fosse stato l'erede di Domenicantonio, ma avendo rinunziato all'eredità del padre restano *res inter alios*. Nè mette in essere la deduzione di avere il Perrelli fatto atti di erede, imperocchè àvvi un giudicato nella sentenza del Conciliatore che esonerò il Perrelli dal pagamento del censo sul fondo Praca in vista della rinunzia all' eredità paterna non impugnata nei modi di legge.

Il Conciliatore giudicò bene discaricando per l'avvenire il Perrelli dall'obbligo al pagamento; violò l'art. 1146 quando disse ben pagato il precedente in base dell'alinea del detto art. perchè il Caruso si è spogliato di titoli del suo credito in vista del pagamento fatto dal Perrelli, tanto vero che li mette in movimento. Epperò accolse la domanda riconvenzionale del Perrelli.

Col primo motivo il ricorrente censura la sentenza denunziata per aver dato forza di giudicato alla sentenza ch' ebbe ordinata la pruova testimoniale a segno tale da accerchiare il Magistrato nella spira dei suoi stretti cancelli da non poter neppure vagliare titoli che i detti dei testimoni distruggessero, quando ch' è risaputo che le sentenze preparatorie ed interlocutorie non ligano mai il Magistrato.

La proposizione del ricorrente è però troppo ampia, perocchè anche le preparatorie ed interlocutorie sotto dati profili ligano il magistrato, e non si possono queste sentenze rivocare *ad nutum*, rimanendo nella stessa posa la causa; ma debbe il mezzo istruttorio espletarsi, libero il Magistrato nella valutazione di esso, e solo può ritornarsi sul mezzo istruttorio disposto quando si alligassero nuove pruove, nuovi documenti.

Imperò il Pretore non si adombrò solamente sotto l' egida del giudicato, perocchè vagliò i documenti di che era portatore il parroco Caruso, e li disse capaci di distruggere la pruova testimoniale del Parrelli, se egli fosse stato l'erede del padre, ma all'eredità paterna avea rinunziato. Il motivo adunque non regge.

Attesochè col 2° e 3° motivo vuole il ricorrente inficiare la rinunzia che il Perrelli fece all' eredità paterna; egli innanzi al giudice del merito assumeva la validità della rinunzia per aver fatto atti di erede, i quali risultavano dal fatto stesso di aver chiesto la restituzione dell'indebito pagato, e subordinatamente chiedeva di essere ammesso a far la pruova degli atti di erede. Duolsi col ricorso che il Giudice del merito non abbia valutato queste due sue osservazioni e domande.

Ma occorre ricordare che il Conciliatore ritenne efficace la ri-

nunzia del Parrelli alla eredità paterna e lo esonerò pel tempo avvenire del pagamento del canone del fondo Placa.

Respinse la sua domanda di restituzione d'indebito per altro ordine d'idee. Ebbene il solo Perrelli appellò da questa sentenza, il Caruso appellò incidente solo per la condanna di spese. È vero che a respingere lo appello Perrelli per la restituzione dell' indebito pagato si diceva esser lui lo erede puro e semplice del padre; ma bene osservò il Pretore che rendevasi improficua e stanca la deduzione di fronte alla sentenza del Conciliatore, che aveva respinta la domanda del censo sul fondo Praca per non essere il Perrelli lo erede del padre. E questa sentenza non era stata appellata da Caruso che nella comparsa conclusionale ne chiedeva la conferma e se fosse stata appellata nulla rimaneva da confermare.

Or dietro tale osservazione rendonsi frustranei questi due motivi del ricorso, perocchè non avrebbe potuto dal giudice di appello dichiararsi nello stesso giudizio erede quel Perrelli ch' era stato già ritenuto rinunziante dalla sentenza del primo giudice trattandosi di giudicato di qualità; *semel haeres semper haeres.*

Nè à miglior consistenza il 4° motivo.

Duolsi il ricorrente che abbia il Magistrato di merito condannato a restituire l'indebito pagato, senza distinguere quel che si era pagato dal Perrelli Francesco, da quello che si era pagato dal padre, il quale poi avrebbe ben pagato. Questa deduzione però non fu fatta innanzi al giudice del merito. É vero che nella comparsa conclusionale in appello si accennò che il Parrelli Francesco avrebbe pagato in proprio nome da tali 10 anni e le 100 lire richieste avrebbero rappresentato 25 anni, ma ciò si diceva non già alla finalità di ridurre la cifra d' indebito pagato, ma per volerne desumere essersi con ciò fatto atto di erede richiedendosi come indebito quel che alla eredità paterna sarebbe appartenuto. Or senza una domanda di riduzione della cifra dello indebito richiesto, non avrebbe potuto il magistrato di ufficio ridurla.

Per questi motivi ecc.

Corte di Cassazione di Napoli — *16 novembre 1897.*

Ciampa *PP.* — Salvati *Est.*

Gallone (avv. Perez Navarrete) c.° Nigro. (avv. L. Casaburi

Cassazione — Abbreviazione di termini — Deposito (art. 526 e 532 proc. civ.).

Azione di turbativa — Prova del legittimo possesso — Giuramento suppletorio (art. 1374 e 1375 cod. civ.)

a) *L' abbreviazione dei termini, per il deposito del ricorso per cassazione, non obbliga il ricorrente a depositare il ricorso nel termine abbreviato di quindici giorni; quindi non è inammissibile il ricorso presentato oltre i quindici giorni, ma entro i trenta dalla notificazione del ricorso.*

b) *In materia d'azione di turbativa la pruova della legittimità del possesso può completarsi col giuramento suppletorio.*

Maria Ligerio citò innanzi la Pretura di Ceglie Angela Gallone assumendo che le acque dei tetti della casa Gallone da anni venivan raccolte la mercè di grondaia, ed alimentavano la cisterna di un sottano di sua proprietà: Che la Gallone più volte, ed ultimamente in fra l'anno, avea praticato un buco nella conduttura per trasportare in gran parte le acque in una sua cisterna, e chiedeva manutenzione in possesso, riduzione ad pristinum. Il Pretore dispose perizia, e pruova testimoniale, e nelle more dello espletamento dei mezzi istruttori moriva la Ligorio, e la istanza fu riassunta dai figli Nigro.

Espletate le istruzioni, il Pretore in vista che da più anni si contendeva tra le parti sulle acque, quel tale buco or si chiudeva, ed or si riapriva, ed era dubbio che si trovasse nel possesso, essendovi stata pure querela penale, deferì il giuramento agli eredi della Ligerio sul se erano nel legittimo possesso delle acque per alimentare la loro cisterna, e fossero stati in esso turbati dalla Gallone.

In appello si quistionò sulla legalità del giuramento suppletorio in fatto di azione possessoria, ed il Tribunale confermò la sentenza osservando che la legge non fa limitazione di causa per questo incumbente, e non è vero che ne sarebbero escluse le cause possessoriali, non essendo nè testuale nella legge, e neppure rituale.

Egli è vero che parecchi testimoni dicono che l' attrice al momento della turbativa era nel possesso, ma stante che da moltissimi anni questo buco or si apriva ed or si chiudeva, e vi fu pure querela, un dubbio sorge al riguardo. per cui la legittimità del disposto incumbente.

Attesochè vuolsi la inammissibilità del ricorso per non essere stato depositato nel termine abbreviato di quindici giorni ottenuto dal ricorrente ai sensi dell' art. 532 comunque si rientrasse nel termine dei 30 giorni dell'art. 526. Questa inammessibilità non regge, il ter-

mine dei 30 giorni dalla notificazione stabilita dalla legge è obbligatorio e perentorio pel ricorrente; l'abbreviazione dei termini di che nell'art. 532 è obbligatorio pel controricorso, è perentorio pel controricorrente, non già pel ricorrente, il quale è libero di domandare o non l'abbreviazione dei termini, e ottenutala questa abbreviazione è una concessione della quale può avvalersene o meno nel senso che avvalendosene decorrono i termini abbreviati anche pel controricor. rente, non avvalendosene per costui decorre il periodo di legge intero dei 30 giorni.

L'abbreviazione è un favore e non debbono i favori ritorcersi in comandi, ed obblighi nè possono essi indurre decadenza.

Attesochè la principale quistione, che s'impegna col ricorso, sta nell'esame se nel giudizio possessorio possa ammettersi il giuramento suppletorio. La ricorrente assume che il giudizio possessorio, avendo per obbietto la protezione del possesso, debbe versarsi sulla notorietà del fatto, ed accertarsi con prove estrinseche, cioè per testimoni, e perizie, e che quando da questi mezzi istruttorii sorge il dubbio, come nella specie ha ritenuto il Tribunale, debbe rigettarsi la domanda.

La Cassazione osserva che, mentre la ricorrente accenna ad un principio esatto, cade in errore nella sua applicazione. Nella specie, il Tribunale, tenendo conto del risultato della pruova e degli altri elementi risultanti dagli atti, ritiene al pari del Pretore che l'azione istituita dall'attrice non era pienamente provata, e quindi credè opportuno di deferire il giuramento di uffizio ai di lei eredi. A tal modo il Tribunale ha fatta esatta applicazione degli articoli 1374 e 1375 c. c. Nè più eccepirsi che in siffatto giudizio non era ammissibile tale giuramento, poichè la legge in termini generali prescrive che si possa deferire il giuramento di uffizio da una delle parti sia sulla domanda, che sulla eccezione, nè vi ha alcuna disposizione che ne esclude l'azione di manutenzione in possesso.

E per verità non saprebbe intendersi come non possa il Magistrato valersi di questo mezzo in un giudizio che si svolge, tenendo ragione precisamente del detto dei testimoni.

Che non si può obbiettare di doversi la sentenza censurare per essersi deferito il giuramento agli eredi dell'attrice, poichè s'intende perfettamente ch' essi rappresentano la di loro attrice, e nelle loro coscienze diranno al Magistrato ciò, che in effetti conoscono di quanto viene loro domandato.

Che neppure può eccepirsi di essersi confuso il possessorio col petitorio, assumendosi che il dubbio sorgeva su fatti seguiti fra i contendenti da moltissimi anni, imperocchè col libello, mentre si accen. nava a turbativa seguita molti anni prima poi si soggiungeva che l'azione concerneva la turbativa avvenuta fra l'anno, e col dispositivo della sentenza del Pretore confermata dal Tribunale si deferiva il giuramento di uffizio per sapere se gli attori erano nel legittimo pos-

sesso della cisterna, giusta l'atto introduttivo del giudizio, ed in quale epoca la resistente ne li avesse turbati. Invano dunque si accenna a confusione di possessorio, poichè la formula del giuramento risponde al libello, ch'è di turbativa di azione possessoria.

Attesochè rigettandosi il ricorso debbe la ricorrente esser condannata alle spese ed alla perdita del deposito.

Per questi motivi ecc.

CASSAZIONE DI NAPOLI — *16 novembre 1897.*

CIAMPA *Pres.* — ANTONUCCI *Est.*

Labonia (avv. Orilia) c. de Russis (avv. Guarracino e Narni)

Minore — Riscossione di capitale — Dispensa dal reimpiego — Decreto del Pretore — Nullità — Responsabilità del debitore (art. 224 e 225 cod. civ.).

È sostanzialmente nullo il decreto, con cui il pretore autorizza il padre a riscuotere il credito dei suoi figli minori con dispensa dall' obbligo di un nuovo impiego; e quindi il debitore, che paga in vista di un tal decreto, sarebbe esposto all'azione dei minori diventati maggiori.

Ritenuto in fatto che i figli minori del Barone Labonia, essendo creditori di un tal Pietro Ferrari come eredi di Gennaro Labonia ottennero una nota di collocazione per la somma di L. 4899 contro il Sig. Giovanni de Russis aggiudicatario dei fondi espropriati in danno del Ferrari. Il padre dei minori Labonia chiese con una domanda al Pretore di essere autorizzato a riscuotere la somma anzidetta e venire esonorato dal reimpiego essendo la sua posizione finanziaria di grande garenzia per una somma relativamente lieve.

Ed il Pretore accordò la chiesta autorizzazione, dispensando il richiedente Labonia dall'obbligo del reimpiego. L'aggiudicatario sig. de Russis fece offerta reale della detta somma di L. 4899 a condizione che dal Barone Labonia si fosse esibito un decreto del Tribunale esonerante dal reimpiego oppure un decreto pretorio che determinasse il nuovo impiego. Essendo stata l'offerta reale rifiutata venne la causa portata alla conoscenza del Tribunale, che la dichiarò valida, e così pure la Corte di Appello, la quale osservò che senza potestà il Pretore aveva autorizzato il Labonia a riscuotere il credito dei suoi figli minori con dispensa dall'obbligo di un nuovo impiego, il che poteva solo accordarsi dal Tribunale a norma dell'art. 224 c. c. E quindi fu nullo un tale provvedimento e giustamente venne fatta la offerta con la condizione anzidetta. Nè valeva osservare che in vista della posizione finanziaria del Labonia si contentò il Pretore della sola garenzia personale del medesimo, giacchè po-

tendo svanire codesta posizione finanziaria verrebbe meno al debitore ogni garenzia pel pagamento del suo debito.

Contro di questa sentenza ha prodotto ricorso il Barone pei seguenti mezzi: 1° La Corte ha scambiata la quistione ritenendo che il decreto accordato dal Pretore equivalse a soppressione della condizione dell' impiego, e fosse in altri termini alienazione, mentre trattavasi di far rimanere impiegata quella somma presso il padre. 2° Il Pretore non uscî dai termini del disposto dell'art. 225 pel quale era egli chiamato a conoscere della sicurtà del nuovo impiego, ed egli ciò fece autorizzando l'impiego presso il padre. E la Corte stessa riconobbe che il Labonia veniva in quel modo a costituirsi debitore dei figli, tanto che si fece ad osservare che la sua posizione finanziaria poteva subire dei mutamenti; epperò sarebbe caduta in aperta condraddizione. 3° In quanto ad un tal pericolo eventuale sostiene il ricorrente ch' è questo comune a tutti gl' impieghi di capitali, ed il debitore che paga per effetto del decreto del Magistrato è sempre al sicuro non essendo egli giudice della sicurtà dell' impiego.

Attesochè i tre mezzi del ricorso si compendiano in un unico assunto del ricorrente, quello cioè di essersi inteso dal Pretore provvedere all' impiego della somma spettante ai minori presso del loro padre Barone Labonia, nel mentre i giudici del merito ritennero invece che avendo il Pretore dispensato dall'obbligo del reimpiego, aveva ecceduto i limiti della sua potestà, chiaramente definita dall'art. 225 c. p. c.

Attesochè basta però ricordare i termini della domanda presentata al Pretore dal Sig. Labonia, e quelli del decreto emesso sulla medesima e per ritenere esatto il giudizio della Corte di merito. Ed in vero chiese il Sig. Labonia. La S. V. lo autorizzi a riscuotore la detta somma e lo esoneri dal reimpiego.

Ora da ciò risulta manifesto che non fu per nulla provveduto al nuovo impiego, giacchè la dispensa è perfettamente l'opposto di questo provvedimento, al che era poi il Pretore chiamato unicamente dalla legge col detto art. 225,

Attesochè è in fatti il medesimo così concepito:

« Per la riscossione dei capitali o per la vendita di effetti mobili soggetti a deterioramento basterà l'autorizzazione del Pretore a condizione di nuovo impiego la cui sicurezza sia riconosciuta dal Pretore stesso. » È quindi evidente che il Pretore può solamente conoscere della sicurtà del nuovo impiego, ma è obbligato a disporlo, essendogli imposta questa condizione nella riscossione dei capitali. Epperò fu a buon dritto ritenuto dalla Corte di merito, che nella specie venne dal Pretore compiuto un eccesso di potere, da rendere sostanzialmente nullo il decreto da lui emesso.

Attesochè non varrebbe opporre che essendosi nelle considerazioni premesse ad un tal decreto accennato alla posizione finanziaria

del Labonia ciò importa di aver voluto il Pretore che questa somma rimanesse impiegata presso lo stesso, giacchè a prescindere che trattandosi d' impiego, anche presso il padre, sarebbe stato necessario d'indicare le condizioni, è indubitato che un tale concetto rimane perfettamente escluso dalla formola adottata nel dispositivo del decreto con le parole, *dispensiamo dall'obbligo del reimpiego.*

Attesochè la pretesa contraddizione che si addebita all' impugnata sentenza non sussiste, dappoichè se la Corte parl ò pure della possibilità di un mutamento nella posizione finanziaria del Labonia, non venne con ciò ad ammettere che col decreto anzidetto fu costituito il Barone Labonia a debitore dei suoi figli minori, avendo ciò chiaramente escluso con l'interpetrazione data a quel decreto. Disse invece che a parte ogni altra considerazione, poteva svanire la posizione brillante di esso Labonia. Il che importa di avere la Corte aggiunta quest'altra ragione sussidiaria, a prescindere dalla considerazione principale con la quale ebbe a dichiarare che il Pretore aveva senza potestà dispensato il Labonia dall' obbligo del reimpiego.

Attesochè da ultimo malamente si assume che il debitore pagando nel modo stabilito dal decreto Pretorio sia sempre al sicuro, non avendo il dritto di sindacare il giudizio, imperocchè fu a buon dritto osservato dalla Corte di merito che eseguendosi il pagamento in base di un provvedimento assolutamente nullo sarebbe il debitore esposto all'azione dei minori divenuti maggiori. Ed infatti trattandosi di una nullità assoluta per eccesso di potere non potrebbe ritenersi valido un tal pagamento, a differenza di quanto potrebbe avvenire per la mancata sicurtà di un impiego, giacchè essendo devoluto al Pretore il giudizio su questa sicurtà, il debitore pagherebbe sempre bene, quando fu la medesima ritenuta dal Pretore nel disporre l'impiego ai termini del detto art. 225.

Attesochè stante ciò deve rigettarsi il ricorso.

Per questi motivi ecc.

CASSAZIONE DI NAPOLI — *16 novembre 1897.*

CIAMPA PP. ANTONUCCI *Est.*

Banca Popolare di Napoli (avv. Sacconi) c. Settembrini (avv. Cerruti)

Dote — Separazione personale — Diritti del marito — Patto contrario alla legge — Nullità — Ipoteca giudiziale — Nullità — Trascrizione — Non necessaria (art. 1399, 1407, 1932 cod. civ.).

a) *Il marito, separato legalmente dalla moglie, specie per colpa di costei, non perde i diritti derivanti dal matrimonio, specie quello dell'amministrazione della dote.*

b) *È nullo qualunque patto apposto nei capitoli matrimoniali circa la inalienabilità, la insequestrabilità, l'amministrazione, l'appartenenza dei frutti dotali. Tale patto però non rende nulla l'intera convenzione matrimoniale.*

c) *È nulla l'ipoteca giudiziale pubblicata sui beni dotali, anche come mezzo conservativo del diritto, per potersi poi procedere, dopo sciolto il matrimonio sugli stessi fondi già dotali.*

d) *Il contratto di matrimonio non è soggetto a trascrizione.*

Ritenuto in fatto che con i capitoli matrimoniali stipulati pel matrimonio da contrarsi tra la signorina Adelina Giannuzzi ed il signor Raffaele Settembrini vennero dalla madre di essa Giannuzzi assegnate a quest'ultima L; 46750 in conto della qual somma, o a saldo, le cedeva il fondo fontana Rubina che rimaneva dotale. Se nonchè con l'art. 7 veniva stabilito: « I frutti dotali saranno dal futuro, meno per annue L. 1020 che si apparterranno alla futura sposa e da lei direttamente potranno esigersi. »Si considerava che se dalla successione della madre sua la futura sposa Adelina conseguiva altra somma o fondo, sarà pure dotale, ma la rendita ne sarà libera di essa futura sposa, non altrimenti che come se fosse rendita parafernale.» Ed in effetti la signora Fausta Giannuzzi madre della signora Adelina col suo testamento donava alla medesima metà del fondo Bisaglieto, venendo dalla testatrice disposto che, giusta i capitoli matrimoniali, dovesse la metà della rendita del detto fondo esigersi direttamente dalla legataria.

I detti coniugi Settembrini e Giannuzzi si separavano prima consensualmente, poscia fu pronunziata giudiziariamente la separazione per colpa della moglie.

E siccome la medesima era debitrice della Banca Popolare di Napoli in virtù di alcune cambiali, fu dalla Banca convenuta in giudizio pel pagamento, ed in seguito della relativa condanna venne dalla Banca presa iscrizione su i due fondi Bisaglieto e Fontana Rubina. Fu allora che il marito della Giannuzzi signor Settembrini istituì giudizio contro la Banca per la nullità di detta iscrizione essendo

quei fondi dotali. Il Tribunale fece dritto alla domanda, e così pure la Corte di appello, la quale mettendo in rapporto i fogli nuziali col testamento della signora Fausta Giannuzzi non ebbe a dubitare che tanto il fondo Fontana Rubina assegnato in pagamento della dote alla Giannuzzi, che la metà dell' altro fondo Bisaglieto pervenuto come sopra alla medesima, dovevano ritenersi dotali. Nè era a ciò di ostacolo il dritto accordato a detta Giannuzzi di esigersi direttamente da lei la rendita di quel fondo, giacchè nel contratto di matrimonio poteva convenirsi che la moglie riceve una parte della rendita dotale per tenere minute spese. Disse poichè stante la inalienabilità della dote, non poteva questa obbligarsi, nè era a farsi distinzione tra l'ipoteca convenzionale e quella giudiziaria. Che per fare rispettare la dotalità dei beni non era necessaria la trascrizione, non essendo ciò richiesto dalla legge. Che se dopo sciolto il matrimonio potevano i creditori sperimentare i loro dritti sui beni già dotati per obbligazioni precedentemente contratte, ciò non importava di potersi validamente imporre vincoli sui beni costituiti in dote. Che infine comunque fosse il Settembrini separato dalla moglie, pure essendo stata la separazione dichiarata per colpa della moglie, ciò non gl'impediva di potere esercitare i suoi dritti derivanti dal matrimonio giusta legge. E per queste ragioni rigettò l'appello.

La Banca ha prodotto ricorso per otto mezzi.

I primi due attaccano la sentenza per difetto di pronunzia su due eccezioni dedotte dalla Banca per conclusioni speciali, di doversi cioè mettere in causa la moglie del Settembrini, e di essere il medesimo carente d'interesse.

Gli altri mezzi dal 3° al 6° riflettono la ritenuta di dotalità del fondo Bisaglieto, e si sostiene che la Corte l'avrebbe affermata trascurando l' ultima parte del patto 7° dei capitoli matrimoniali, col quale si disse che la rendita rimaneva libera e propria della moglie, come fosse parafernale, e trattenendosi principalmente sul testamento della madre della signora Giannuzzi, mentre la dote dee risultare da atto pubblico precedente al matrimonio.

Che inoltre avendo la Corte trascritto il detto patto 7° ne traeva una conseguenza contraria alle premesse, giacchè non può ritenersi dotale un fondo, quando la rendita si percepisce dalla moglie come se fosse parafernale, e sarebbe perciò la Corte caduta in contraddizione.

Col 7° mezzo si dice poi che per l'ultimo capoverso dell'articolo 1407 c. c. si può, dopo sciolto il matrimonio, procedere sopra i beni costituiti in dote per le obbligazioni contratte dalla moglie durante il matrimonio. Quindi non può essere vietata l' ipoteca per la conservazione di questo dritto. Con l'8° mezzo infine si sostiene di aver la Corte violato l'art. 1932 c. c. ritenendo non necessaria rispetto ai

terzi la trascrizione dei titoli dai quali dovrebbe risultare la dotalità del fondo.

Attesochè le volute omissioni di pronunzia di cui si duole la ricorrente con i due primi mezzi del ricorso non sussistono. Ed in vero in quanto alla messa in causa della moglie del signor Settembrini, venne ciò domandato col n° 5° della comparsa conclusionale presentata dalla Banca col quale si disse: Nella ipotesi che si affermasse appartenere al Settembrini i frutti dotali del fondo Bisagliete ordinare la messa in causa della Giannuzzi prima di ogni altro provvedimento.

Risulta da ciò manifesto che fu quella domanda condizionata, nella ipotesi che venisse dalla Çorte affermato di appartenersi al Settembrini i frutti del detto fondo Bisagliete. Or non essendosi questa ipotesi verificata, è chiaro che non doveva la Corte disporre la detta messa in causa, nè interloquire su l'oggetto.

Attesochè in quanto alla valuta carenza d'interesse dell' attore sig. Settembrini risulta dalla impugnata sentenza di essersi a questa eccezione risposto, avendo la Corte osservato che comunque fosse il Settembrini separato dalla moglie aveva egli il dritto a chiedere la rivocazione della obbligazione della dote giusta l'art. 1407 c. c., che non fa alcuna distinzione, ed anche perchè la separazione fu dichiarata per colpa della moglie, onde la niuna perdita in lui dei dritti derivanti dal matrimonio, incluso quello dell' amministrazione della dote.

Attesochè la dotalità del fondo Bisagliete viene impugnata col ricorso sotto un doppio rapporto, l' uno di fatto e l' altra di dritto. E poichè in quanto al primo le doglianze della ricorrente s'infrangono contro il convincimento della Corte di merito che sfugge alla censura della Cassazione, si fa essa ricorrente a denunciare il suo pronunciato per difetto di motivazione. Ma per verità è del tutto infondato questo voluto difetto di motivazione, poichè non è vero che la Corte si sia principalmente trattenuta sul testamento della signora Giannuzzi, come si sostiene, mentre tenne presente tanto il testamento che i capitoli matrimoniali, anzi questi ultimi a preferenza, giacchè disse che il fondo Bisaglieto era dotale, giusta il contratto di matrimonio, nel quale venne dichiarato che se la futura sposa riceveva altra somma o fondo della successione materna, l'una e l'altro doveva essere dotale. Nè è esatto che si fosse la Corte medesima fermata sulla prima parte dell'art. 7° dei capitoli matrimoniali poichè a prescindere di avere essa trascritto l'intero patto come base del suo ragionamento, tenne espressamente conto della esazione della rendita attribuita alla moglie sia con l'ultima parte del detto art. 7° che col testamento, ritenendo che ciò non valeva a mutare il carattere di dotale che si era dato al fondo in parola.

Attesochè rimane quindi lo esame della quistione di dritto se cioè

in presenza di quella speciale convenzione possa il fondo ritenersi dotale. Ora in quanto a ciò è da osservarsi, che per l'art. 1388 c. c. la dote consiste in quei beni che la moglie, o altri per essa, apporta espressamente a titolo di dote al marito, per sostenere i pesi del matrimonio. Basta quindi a far ritenere che vi sia dote la costituzione dei beni a questo titolo.

Tutt' altro che la legge stessa dichiara conseguenza della dote costituita, concernente la inalienabilità; la insequestrabilità; l'amministrazione, l'appartenenza dei frutti dotali, non vale ad inficiare la essenza della dote, qualora ciò venisse in tutto o in parte a mancare, per una speciale convenzione delle parti. Questa convenzione infatti, come un patto illecito, dovrebbe ritenersi nullamente apposto, ma non può con ciò annullarsi il contratto pel quale la volontà delle parti si sono concordate.

Attesochè non è a dubitarsi che il marito come capo della famiglia avendo il dovere di provvedere al mantenimento della stessa, ha pure il dritto di percepire i frutti della dote, ed è quindi illecito il patto con cui si stabilisse che i frutti della dote si appartengono per intero alla moglie. Senonchè la violazione del dritto spettante al marito non rende nulla la intera convenzione matrimoniale, ma quel patto soltanto che è in opposizione con la legge. Oltre a che la Corte di merito ha pure giustamente osservato che potendo nel contratto di matrimonio convenirsi che la moglie riceva una porzione della rendita dotale per le sue minute spese giusta l'art. 1399 c. c. ciò si era verificato nella specie col patto come sopra riferito, e nulla importava che questa rendita fosse maggiore o minore, meno che non fosse tale da rendere illusoria la costituzione della dote. Il che venne escluso dalla Corte, ed è questo un convincimento di fatto incensurabile dal Supremo Collegio.

D'altronde se vi fosse pure eccedenza in questa assegnazione di rendita dotale fatta alla moglie, avrebbe dritto il marito alla riduzione, ma non potrebbe per questo eccesso annullarsi la costituzione della dote.

Attesochè sostiene la ricorrente Banca col 7° motivo la validità dell'ipoteca come mezzo conservativo del dritto accordato dall'articolo 1407 c. c. di potersi procedere, dopo sciolto il matrimonio, sui fondi già dotali per obbligazioni contratte dalla moglie durante il matrimonio. Non regge però un tale assunto, in quanto che l'obbligazione personale della moglie non è la stessa cosa che alienare od obbligare la dote, e quindi se può essa validamente obbligarsi nei casi e nei modi voluti dalla legge, non può validamente obbligare ed alienare la dote. Che se la legge permette di poter procedere sui beni dotali per obbligare contratti durante il matrimonio, non è in virtù di ipoteche consentite durante il matrimonio, le quali sono nulle, ma pel principio contenuto nello art. 1948 c. c. pel quale i beni liberi del

debitore sono la garentia dei creditori, ed i beni dotali, sciolto il matrimonio addivengono liberi.

Attesochè invano pure s'insiste sulla necessità della trascrizione del contratto di matrimonio, dal quale deriverebbe la dotalità del fondo. Ed in vero da questo Supremo Collegio si è più volte ritenuto di non essere necessaria una tale trascrizione, poichè gli atti che l'art. 1932 n° 1 vuol resi pubblici col mezzo della trascrizione sono quelli che trasferiscono proprietà d'immobili, e di altri beni e dritti capaci d'ipoteca, il che non accade per la dote. Epperò non può esser dubbio che stando alla legge, quale oggi è vigente, la costituzione e dichiarazione di dote sopra dati stabili non richiede la trascrizione come condizione per la efficacia verso i terzi, e non può essere imposto senza aggiungere alla legge ciò che non vi si trova scritto.

Attesechè in conseguenza di un tale rigetto dee la ricorrente Banca condannarsi alle spese ed alla perdita del deposito.

Per tali motivi, ecc.

Cassazione di Napoli — *18 novembre 1897*

Ciampa *P. P.* — Antonucci *Est.*

Ricciuti (avv. Orilia) c. Nebbia (avv. E. de Tilla)

Cassazione — Ricorso — Unico deposito — Documenti non esibiti — Rigetto (art. 521, 523 proc. civ.).

Appello — Sentenza interlocutoria — Sentenza definitiva passata in giudicato — Inammissibilità (art. 543 proc. civ.).

a) *Quando due creditori hanno il medesimo interesse e agiscono in base di un unico titolo creditorio, basta un solo deposito per ricorrere in Cassazione.*

b) *Quando il ricorrente non esibisce tutti i documenti, di cui all'art 523 proc. civ. il ricorso dovrà respingersi, ma non si può dichiararlo inammissibile.*

c) *È inammissibile l'appello prodotto contro una sentenza interlocutoria, quando sia passata in giudicato la sentenza definitiva resa in seguito alla precedente sentenza interlocutoria, contro cui si era prodotto appello.*

La Corte ha ritenuto in fatto che i coniugi Giuseppe Ricciuti e Nicoletta Ciavatta essendo creditori dei germani Angelantonio Giovanni, Liberato e Raffeele Fanicchi del fu Gaetano nella somma di L. 8500 dovuta selidalmente dai medesimi, spinsero contro di essi precetto immobiliare.

Essendosi dal sig. Angelantonio Fanicchi e dalla Signora Lauretti Chiara, vedova del fu Gaetano, prodotto opposizione, sostenen-

dosi non potersi provvedere al giudizio di esecuzione in pendenza di divisione dell'eredità del detto fu Gaetano Fanicchi; sulla quale eredità spettava pure il dritto di usufrutto, come coniuge superstite, alla Signora Lauretti, il Tribunale con sentenza del 29 febbraio 1892 che venne confermata in appello, dispose in questi termini sospende: la subastazione degl'immobili indicati nel precetto sino a che sarà dimostrato che i dritti successori della signora Lauretti sulla eredità del marito si sieno estinti o determinati ed assicurati alla medesima ai termini dell'art. 819 c. c.

Dopo di ciò fu ripigliato il giudizio di divisione ad istanza dei detti creditori Ricciuti e Ciavatta, nel quale giudizio intervennero anche altri creditori.

Il Tribunale con sentenza 23 ottobre 1894 emise diversi provvedimenti, tra cui limitò provvisoriamente la sospensione della vendita ad un solo fondo in contrada Cannocchiale per l'ammontare dell' usufrutto, munendo la sentenza di clausola provvisionale. Contro questa sentenza fu prodotto appello dalla signora Lauretti; al quale gravame fecero adesione gli eredi di Angelantonio Fanicchi. Senonchè i creditori istanti per effetto della clausola provvisionale chiesero prima la vendita dei fondi precettati ad eccezione del fondo Cannocchiale, ed il Tribunale con sentenza del 10 maggio 1895 vi fece dritto. Poscia essendo morta l'usufruttuaria Laurelli fu dai creditori istanti chiesta anche la vendita del detto fondo Cannocchiale per essere cessata la ragione dello accantonamento, e con altra sentenza del 19 Luglio 1895 venne anche disposta questa vendita.

Dopo di ciò furono portati in discussione innanzi alla Corte gli appelli prodotti contro la sentenza del Tribunale dei 23 ottobre 94. Da parte dei creditori istanti fu eccepita la inammissibilità dei detti appelli, ma la Corte senz'attendere a questa eccezione rivocò l'appellata sentenza provvedendo intorno alla formazione della massa sulle varie partite d'introito e di esito ch'erano in controversia. Ed in quanto alla sospensione della vendita degl'immobili indicati nel precetto la mantenne ferma sino all'esito delle operazioni divisionale.

Dai creditori istanti Signori Ricciuti e Ciavatta si è prodotto ricerso pei seguenti mezzi: 1° I ricorrenti sostennero la inammessibilità degli appelli per essersi costituite in giudicato le posteriori sentenze del 26 marzo e 23 Luglio 1895 con le quali fu riconosciuto di essere cessata ogni ragione di sospendersi gl' incanti. E la Corte fraintese la ragione della eccezione applicando malamente alle sentenze di 1ª istanza la disposizione dell'art. 543 c. p. mentre la sentenza del 23 luglio poggiava sopra il fatto nuovo sopraggiunto della cessazione dell'usufrutto. E quindi l'impugnata sentenza difetta di motivazione; 2° Col giudicato del 1892 fu sospesa la esecuzione sino alla cessazione dell' usufrutto o alla sua liquidazione o assicurazione, ed invece la Corte mettendosi in contraddizione col detto giudicato mantenne ferma la

sospensione sino all'esito della divisione. 3° Che la Corte richiamata a considerare la gravità dei fatti compiuti con le aggiudicazioni osservò che il suo provvedimento non pregiudicava ai creditori, per ora non venendo annullate le eccezioni, le quali potrebbero utilmente continuare ove fossero gl'immobili assegnati ai debitori. Il che non è per nulla esatto, non essendovi dei coeredi non debitori, mentre tutti son debitori.

Dal signor Fanicchi senza proporre alcun controricorso si è in udienza sostenuta la inammissibilità del ricorso due motivi che secondo il deducente dovrebbe la Corte applicare anche di ufficio; 1° Perchè nella bolletta di deposito non vi sono tutte le indicazioni necessarie ed il deposito sarebbe stato fatto da un solo ricorrente. 2° Perchè non furono depositati tutti i documenti sui quali il ricorso è fondato e principalmente le due sentenze di aggiudicazione che sarebbero state pronunciate ai 19 novembre 1895 e 28 gennaio 1896.

Attesochè i motivi addotti in sostegno della voluta inammissibilità del ricorso, sono del tutto infondati, poichè relativamente alla bolletta di deposito vi è nella medesima quanto basta per accertare l' eseguito deposito e lo scopo a cui fu diretto, essendosene indicata la data, la somma che venne depositata, l' uffizio che emise quella bolletta e la sentenza della Corte di Appello contro cui si ricorre, la quale vien precisata con la indicazione del giorno in cui fu emessa e col numero del registro. Nè pei ricorrenti coniugi Ricciuti e Ciavatta occorreva doppio deposito, mentre è evidente che ànno essi un medesimo interesse stante l' unicità del titolo creditorio per cui si agisce. In quanto poi ai documenti, se pure non si fossero esibiti tutti quelli su cui il ricorso è fondato, come vien disposto dall'articolo 523 cod. proc. civ. potrebbe ciò menare alla conseguenza di doversi rigettare il ricorso e non ritenerlo inammissibile.

Attesochè la Corte per respingere la eccezione d'inammissibilità degli Appelli che i ricorrenti opponevano, a causa delle posteriori sentenze che costituivano dei giudicati, si fece ad osservare che questi posteriori giudizii nei quali i debitori e gli eredi della Laurelli furono contumaci, erano condizionati all'esito dell'appello che veniva allora in discussione, donde il niun pregiudizio al medesimo. Ma è però da osservarsi che un tal principio accennato dalla Corte poggia evidentemente sull'art. 543 cod. proc. civ., con cui si dispone che la cassazione della sentenza importa annullamento della sentenza e degli atti posteriori ai quali la sentenza medesima abbia servito di base. Il che questo Supremo Collegio ha più volte ritenuto inapplicabile per le sentenze interlocutorie, che munite di clausola provvisoria sieno state messe in esecuzione, e v' intervenne una sentenza definitiva passata in giudicato. Imperocchè l'appellante che crede di non esser la sentenza giusta, o che non si doveva apporre la clausola può ben ricorrere al Magistrato di Appello sia per la rivoca,

sia per far togliere la clausola. Quando invece egli non curò di far discutere l'appello e la controparte procedendo al prosieguo del giudizio ottenga una sentenza definitiva contro cui non fu prodotto alcun gravame, vi è bene a ritenere che sia inteso dall' appellante rinunziare al precedente appello. Ed infatti se si ammettesse una teorica contraria si verrebbe ad annullare una sentenza definitiva con un mezzo diverso di quelli indicati nella legge, mentre il principio di doversi ritenere nulli gli atti eseguiti in virtù di una clausola provvisionale poscia annullata può valere quando si tratta di atti e non di sentenze, non potendo la dichiarazione di nullità su di queste ultime ottenuti in via principale, ma mediante i legittimi gravami eccetto l'unico caso espresso nella legge di sentenze pronunziate in dipendenza di una sentenza annullata dalla Corte di Cassazione.

Attesochè nella specie non trattavasi è vero di una sentenza interlocutoria alla quale fu apposta la clausola provvisionale avendo la sentenza appellata dei 23 ottobre 1894 con una pronunzia definitiva limitata la sospensione della vendita ad un sol fondo. Ma è sempre però il medesimo principio che s' impone anche nel rincontro, perchè se i creditori istanti giovandosi della clausola adirono il Tribunale ed ottennero l'autorizzazione alla vendita per gli altri fondi e questa sentenza passò in giudicato non potrebbero gli appellanti con la discussione dei loro appelli contro la detta sentenza dei 23 ottobre 1894 ottenerne la rivoca, e come conseguenza di ciò scuotere la forza di un posteriore giudicato.

Attesochè a prescindere da ciò è altresì da por mente che dopo il giudicato anzidetto ne intervenne un altro per effetto della sentenza dei 19 luglio 1895, la quale non fu provocata dai creditori istanti per effetto della clausola come sopra opposta alla sentenza dei 23 ottobre 1894, ma per un fatto nuovo sopraggiunto, quella cioè della cessazione dell'usufrutto per la morte dell'usufruttuaria signora Laurelli e quindi la quistione doveva esaminarsi sotto un altro aspetto non cadendo più la disputa su di un giudizio, che disse la Corte condizionato all'esito dell'appello, quando non si agiva in virtù della clausola provvisoria, ma per fatto nuovo sopravvenuto della estinzione dell' usufrutto.

Epperò doveva vedere la Corte se essendo stata emessa la sentenza dei 19 luglio 1895, per le mutate condizioni della causa, ed essendo la medesima passata in giudicato, veniva per essa pregiudicata la discussione dell'appello che si era prodotto contro la sentenza del 23 ottobre 1894, la quale aveva limitata ad un sol fondo la sospensione della vendita precedentemente disposta per tutti i fondi e sempre a causa dell' usufrutto, ch' era poscia cessato per la morte dell' usufruttuaria.

Un tale esame fu del tutto trascurato dalla Corte di merito, la quale credette restringer la disputa a quanto si era dai creditori

istanti praticato in virtù della clausola provvisionale, osservando all' uopo che i giudizii posteriori erano subordinati all' esito dell' appello, nel mentre non poteva ciò valere anche per l' altra sentenza dei 10 luglio 1895, che non aveva alcuna dipendenza dalla clausola anzidetta e non poteva perciò ritenersi condizionata all'esito dell'appello.

Attesochè stante ciò dee accogliersi il primo mezzo del ricorso e senza discendere agli altri dee annullarsi la impugnata sentenza.

Attesochè venendo accolto il ricorso dee ordinarsi la restituzione del deposito e le spese possono rinviarsi al merito.

Per tali motivi la Corte ecc.

TRIBUNALE DI BENEVENTO — *7 dicembre 1897.*

GUBITOSI *ff. Pres.* — LOMONACO *Est.*

Alvizzi c.° Picone

Ipoteca contro eredità rappresentata da minorenni—Inefficacia—Graduazione (art. 1971 e 2146 cod. civ.)

Non si può costituire valida ipoteca in base a sentenza di condanna ottenuta contro una successione rappresentata da minorenni (1).

Tale inefficacia non è sanata nel rapporto dei creditori dalla decadenza del minorenne, diventato maggiore, dal benefizio di inventario (2).

Il Tribunale, ecc. Omissis.

Attesochè di gran momento nella presente graduatoria è la quistione riflettente la validità dell' ipoteca del credito insinuato nello stato in prò di Alviggi Teresina, quistione che è comune ai creditori tardivamente comparsi Picone cav. Angelo e coniugi Nicola Ferrara ed Agata Madregano, cioè se sia efficace l'ipoteca giudiziale iscritta in virtù di sentenza di condanna profferita contro l' eredità di Simone de Blasio, che fu convenuta in giudizio nella persona di Dorotea Picone vedova de Blasio, tanto in proprio nome, che quale rappresentante dei minorenni suoi figli.

Alla deduzione di essere inefficace tale ipoteca perchè accesa sui beni di una eredità beneficiata a mente dell' art. 1971 cod. civile si oppone che eredità in prò di minorenni ed eredità beneficiata non siano affatto termini sinonimi e nella specie poi taluni dei figliuoli di Simone de Blasio, morto nel 2 decembre 1890, diventati adesso maggiorenni, non dichiararono affatto di volersi servire di tale be-

---

(1) Conforme Rogron — Cod. civile vol. IV sull'art. 2147 — Aubry e Rau note a Zachariae vol. 2° § 272—Troplong, III, 659.

(2) Contrariamente decise la Cassazione di Roma a Sezioni Unite 26 febbraio 1891 Foro Italiano anno XXII, p. 1, col. 185.

nefizio, mentre per gli altri nemmeno ora si invoca il benefizio stesso.

Attesochè il nostro legislatore con il mentovato art. 1971 mitigò l'eccessivo rigore del principio che niun creditore del defunto potesse, al momento della morte del debitore, veder migliorata la sua condizione in caso di eredità giacente od accettata con benefizio di inventario, cioè nei casi in cui si presume trattarsi di eredità oberata da debiti.

Mentre in fatto il legislatore francese con l'art. 2146 dichiarava inefficace in simili casi anche la semplice iscrizione di una ipoteca già validamente costituita ed il legislatore napoletano accordava per iscriverla il breve termine di quindici giorni dall'atto costitutivo dell'ipoteca al giorno della morte - art. 2040 cap. leggi civili napoletane, il nostro legislatore consente senza alcun termine potersi tradurre in atto con l'iscrizione la garantia ipotecaria e solo vuole che la sentenza, che costituisce il titolo, preesistesse alla morte della persona, la cui eredità è giacente od accettata con benefizio di inventario, ben prevedendo che in simili casi non si avrebbe dopo un contradditorio bastevole da assicurare del fondamento giuridico della condanna. Facilmente potrebbe avverarsi o il caso di una deficiente difesa per mancanza di pratico interesse od anche una collusione con il rappresentante dell'eredità.

Ora, venendo all'esame della prima quistione della causa, non può dubitarsi che il disposto dell'art. 1971 si applichi tanto alle eredità accettate con benefizio di inventario, quanto a quelle dei minori che non possono ritenersi accettate che con tale benefizio.

L'art. 2146 cod. civ. francese più apertamente rivela che si accennasse in astratto ad una condizione giuridica usando la locuzione, *dans le cas où la succession n'est acceptée que par benefice d'inventaire*; ma anche la frase del legislatore napoletano ed indi dell'italiano: *eredità accettata con benefizio d'inventario* manifesta il concetto che siasi voluto considerare tanto il caso in cui il benefizio di inventario fosse stato richiesto, quanto quello in cui dovesse ritenersi *ope legis* conceduto.

I minori, per l'art. 963 cod. civ. si intende che abbiano accettato l'eredità con benefizio di inventario e non si stimano decaduti dal benefizio se non allorché, al compimento dell'anno successivo alla loro maggiore età, non siansi uniformati alle disposizioni di legge.

Attesochè al Collegio sembra del pari giusto ritenere che niun fatto posteriore valga a sanare l'inefficacia dell'ipoteca.

Se il legislatore, temendo mancasse di idonea difesa una eredità spettante a minorenni, la vuole accettata con benefizio di inventario, se conseguentemente dichiara inefficace la speciale garantia assunta sovra i beni ereditarii, è evidente che tale inefficace ipoteca non possa poi giovarsi di una posteriore accettazione, imperocchè è an-

tica massima che *quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere l. 29 Dig. de reg. iur.*

Nè esatta è la dottrina che tale nullità di ipoteca sia di privato interesse e relativa e quindi, potendosi rinunziare esplicitamente od implicitamente al benefizio di inventario, come a qualunque altro diritto patrimoniale, l'eredita stessa debba in tal caso intendersi accettata fino dal primo momento come pura e semplice e valida quindi l'ipoteca accesa.

A questo Collegio sembra che in tal modo si confondono i rapporti fra creditore e debitore con quelli dei creditori fra loro.

Libero l'erede di rinunziare quando voglia al benefizio di inventario e di pagare nella forma più gravosa i debiti ereditari, ciò non può menare a conseguenza alcuna in danno dei creditori, che da questo postumo fatto non possono veder sorgere veruna preferenza.

Relativamente ai creditori devono sussistere solo quelle prelazioni che fin dalla loro origine ebbero vita giuridica.

Un creditore che di fronte ad una eredità benefiziata non si costituisce una ipoteca non è un negligente che in pena della ignavia si rimanda ad un posto inferiore ma è persona che obbedisce al testo preciso della legge, che non riconosce ipoteche contro eredità

Favorire chi ha iscritto ipoteca nonostante che validamente non lo potesse, non significa accordare un premio a chi è vigilante, ma significa invece permettere un tranello agli altri creditori e lasciare in balia dell' erede di giovare l' uno più degli altri fra gli aventi diritto all'eredità.

PARTE TERZA-BIBLIOGRAFIE

Prof. Vincenzo Lilla — Due meravigliose scoperte di Antonio Rosmini. L'*essere possibile e l'unità della storia dei sistemi ideologici.*

È il tema del discorso pronunziato dal chiaro prof. Lilla in Rovereto nella commemorazione del primo centenario dalla nascita di Antonio Rosmini.

In questo discorso l' insigne prof. Lilla passa a rassegna, con sintesi acuta, con stile elegante, con profonda competenza, un mezzo secolo di storia della filosofia compendiata nel triumviato Galluppi Gioberti e Rosmini, più particolarmente prende a disamina la feconda scuola di quest'ultimo.

Il Lilla si ferma quindi ad esporre le enunciate tesi dispiegando come « il possibile abbia un carattere d'infinità potenziale che trascende l'esperienza » come « il concetto del possibile non istà negli elementi che togliamo dal reale ma nella semplice non ripugnanza dei suoi elementi costitutivi e perció é ideale » e parla dell'*idea ingenita* compenetrata colla nostra mente: sopra il qual fondamento Rosmini ricostruì l' unità della storia universale dei sistemi ideologici, intorno alla quale proposizione, l'illustre prof. Lilla allarga il suo dire ragionando della causa della varietà dei sistemi in filosofia e dimostrando com'essa si raggiunga mercè la norma psicologica che la cognizione acquista secondo le condizioni del conoscente.

È sorprendente la modestia di Vincenzo Lilla il quale, in un discorso di poche pagine, arricchisce senza pompa, senza vanteria, senza ricordo di allori mietuti in Italia e fuori mercè voti di Accademie, le dottrine filosofiche, di vedute affatto originali con tanta chiarezza di dettato che chi legge giudica meritamente il professore di Messina degno continuatore di quei pregi che rendono caro agli studiosi il nome di Antonio Rosmini..

Errico Barone